Die Höchsthypothek des bürgerlichen Rechts.

Inaugural-Dissertation

verfasst und der

hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Facultät

der

K. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur

Erlangung der rechts- und staatswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt am 14.XI.05

von

Emil Böhmer

Rechtspraktikant

aus

Ludwigshafen-Mundenheim.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Würzburg.

Anton Boegler'sche Buchdruckerei

1906.

Referent: Professor Dr. Mendelssohn-Bartholdy.

Litteratur-Angabe.

Achilles-Strecker, Grundbuchordnung und Uebersicht über das materielle Grundbuchrecht, 1901.

Allgemeines preussisches Landrecht vom Jahre 1794, kommentiert von Rehbein und Reinke.

Biermann, B.G.B. Sachenrecht, 2. Aufl. 1900.

Böhm, I., das materielle und formelle Grundbuchrecht 1898.

Cohn, „die Kautionshypothek des B.G.B.", Diss. Leipzig, 1902.

„Corpus iuris civilis" von Krüger und Mommsen 1889.

Cosack, Lehrbuch des B.G.B. II. Band, 4. Auflage 1904.

Dennler, in den „Blätter für Rechtsanwendung" B. 69 S. 90 ff.

Dernburg, das preussische Hypothekenrecht, II. B. 1891.

Dernburg, Sachenrecht des B.G.B., 2. Aufl. 1901.

Dienstanweisung, bayr., für die Grundbuchämter in den Landesteilen rechts des Rheins, amtlich herausgegeben vom Staatsministerium der Justiz 1905.

Du Chesne „das Recht des eine Höchsthypothek bestellenden Eigentümers in der „Deutschen Juristen-Zeitung" 1905 S. 803.

Eccius in der „Deutschen Juristen-Zeitung" 02 S. 62.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 8. und 9. Aufl. 1905.

Exner, das österreichische Hypothekenrecht, Leipzig 1876.

Fischer-Henle, Handausgabe des B.G.B., 6. Aufl. 1904.

Fischer-Schäfer, Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen 1902.

Freudenthal, C.P.O. Handausgabe, 2. Aufl. 1904.

Fuchs, materielles Grundbuchrecht I., 1902.

Gaupp-Stein, Kommentar zur C.P.O. 6. und 7. Aufl. 1904.

Habicht, Uebergangsrecht des B.G.B., 3. Aufl 1901.

Hachenburg, Vorträge über das B.G.B., 2. Aufl. 1900.

Hecking, „die Maximalhypothek B.G.B.", Diss. Leipzig 1902.

Herold, Abhandlungen im Centralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit von Lobe B. IV. S. 287 ff und S. 695 ff.

Heusler, deutsches Privatrecht, II. B. in „Binding, Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft", 1886.

Jäckel, Kommentar zum Z.V.G., 2. Aufl. 1904.

Jäckel, Abhandlungen im Centralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit von Lobe B. IV. S. 202 und S. 279.

Kockerols, „Vollstreckbare Credithypothek“ in Zeitschrift für den deutschen Notarenverein 1901 S. 305.

Koch, „zur Behandlung der Kautionshypothek im Zwangsversteigerungsverfahren“ in Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, 05 S. 424 ff.

Kress, „die Umwandlungen der Kautionshypotheken des bayr. Rechts in Maximalhypotheken des B.G.B.“, ebenda 95 S. 477 ff und 497*). —

Kretzschmar, Einführung in das Grundbuchrecht 1902.

Kretzschmar, Abhandlung im Centralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit von Lobe B. IV. S. 195 ff.

Lafrenz, „Behandlung der Sicherungshypotheken in der Zwangsversteigerung“ in „Gruchot's Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts“ B. 46. S. 335.

Maenner, Recht der Grundstücke, 1899.

Meisner, B.G.B., B. III. 1898.

Meyer „Ueber die Streitfragen bei der Zwangs- und Arresthypothek“, in den „Blätter für Rechtsanwendung“, B. 66. S. 337 ff.

Meyer, „Sind auf Grund des bayrischen Hypothekenrechts eingetragene Zinsen- und Kostenkautionen nach der Einführung des Grundbuchs eigentümerhypothekenfähig“ im „Recht“ 05. S. 309.

Müller und Meikel, bürgerliches Recht, 2. Aufl. 1904.

Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, B. III., amtliche Ausgabe 1888. (zit. Mot. III. S. —).

Oberneck, Reichsgrundbuchrecht, 3. Aufl. 1904.

Petersen-Anger, Kommentar zur C.P.O., II. B., 4. Aufl. 1901.

Pfordten, von der, Kommentar zum Z.V.G. 1905.

Plank, E.G.B.G.B., 3. Aufl. 1905.

Plank, Sachenrecht, 2. Aufl. 1902.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuches, bearbeitet von Achilles, Gebhardt und Spahn, III, 1899 (zit. Prot. III. S. —).

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs eines B.G.B. in „Mugdan, die gesammten Materialien des B.G.B.“, 1899, B. III.

Rathenau, „der Uebergang der Kautionshypothek nach § 1190 B.G.B.“ im Archiv für bürgerliches Recht von Kohler nnd Ring B. 17, S. 192 ff.

Regelsberger, das bayrische Hypothekenrecht, 1874.

Reinhard, Kommentar zum Z.V.G., I. u. II., 1901.

Reinhard's Abhandlung im Centralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit von Lobe B. IV. S. 461.

Schmitt, „die Nebenkautionen für Zinsen und Kosten nach dem Rechte

*) Konnte nur noch in Zitierungen benutzt werden.

des B.G.B." in Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 05 S. 269 ff.
Seuffert, Kommentar zur C.P.O., II. B., 9. Aufl. 1905.
Siegmann, das kgl. sächsische Hypothekenrecht nach dem B.G.B. für das Königreich Sachsen 1875.
Staudinger, Sachenrecht, 2. Aufl.
Steiner, Z.V.G. 1905.
Struckmann-Koch, Kommentar zur C.P.O. II. B., 8. Aufl. 1901.
Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht, I. und II. B., 2. Aufl. 1902.
Walter, Abhandlung in der „Zeitschrift für das Notariat und für die freiwillige Rechtspflege der Gerichte in Bayern", herausgegeben von Kaisenberg 1905, S. 40 ff.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, I. B., 8. Aufl. bearbeitet von Kipp, 1900.
Wöhler, „die Höchstbetragshypothek des Bürgerlichen Gesetzbuches", Diss., Heidelberg 1904.
Wolff, Z.V.G., 2. Aufl. 1901.
Zachariae von Lingenthal, Handbuch des franz. Zivilrechts, 8. Aufl., bearbeitet von Crome 1894/95.

Dazu kommen noch sämmtliche dieses Gebiet behandelnden Entscheidungen des
Reichsgerichts, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofs (zit. S.G. $49_{,164}$ = Band 49, S. 164), sowie die im „Recht", der Deutschen Juristen-Zeitung, der juristischen Wochenschrift, dem Centralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit, in Seufferts Archiv, in der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern u. s. w. abgedruckten,
ferner die Entscheidungen der Oberlandesgerichte, zusammengestellt in der „Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts", herausgegeben von Mugdan u. Falkmann (zit. R.O.L.G. $4_{,320}$ = B. 4. S. 320),
ferner die „Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts" herausgegeben vom Reichsjustizamt (zit. R.J.A. $2_{,202}$ = B. 2, S. 202),
ferner die im „Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit u. s. w.", herausgegeben von R. Jochow und V. Ring (zit. K.G.J. B. 23, S. A 237.

Abkürzungen.

Ausser den gebräuchlichen Citierungen wie:
B.G.B., C.P.O. Z.V.G., G.B.O., A.G.B.G.B., E.G.B.G.B. u. s. w.
sei noch erwähnt:

and. A. = anderer Ansicht,
Arch. f. b. R. = Archiv für bürgerliches Recht von Kohler und Ring.
Bl. f. R.A. = Blätter für Rechtsanwendung, herausgegeben von Gareis.
Cbl. f. fr. G. = Centralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit von Lobe.
D J.Z. = Deutsche Juristenzeitung.
Diss. = Dissertation.
E.E.G. = preussisches Eigentumserwerbsgesetz vom Jahre 1872.
E.I. = erster Entwurf des B.G.B.
Gruchot = Gruchot's Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts von Rassow und Küntzel.
und. cit. = und die dort zitierte Litteratur und Judikatur.
Ztschr. f. Rpfl. i. B. = Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, herausgegeben von Th. von der Pfordten.
Ztschr. f. d. d. C.Pr. = Zeitschrift für den deutschen Civilprozess, herausgegeben von Schultzenstein und Vierhaus.

Inhalts-Verzeichnis.

Einleitung. Seite

§ 1. Stellung im System 1
§ 2. Begriff und Anwendungsgebiet 3
§ 3. Geschichte 4

I. Abschnitt.

Begründung der Höchsthypothek.

§ 4. I. Einigung und Eintragung, Inhalt derselben, insbesondere Höchstbetrag und Grundverhältnis 9
§ 5. II. Wirkung der Begründung 16

II. Abschnitt.

Inhalt der Belastung, die Forderung.

§ 6. I. Entstehungsmöglichkeit und Betrag der Forderung (Feststellungsvorbehalt) . . 22
§ 7. II. Feststellung der Forderung 24
§ 8. III. Haftung für die Forderungen mehrerer Gläubiger 28
§ 9. IV. Unzulässigkeit der sofortigen Zwangsvollstreckungsklausel 30

III. Abschnitt.

Die Höchsthypothek als Eigentümerhypothek.

§ 10. I. Der Fall des § 1163 Abs. I. Satz 1: Die Forderung ist nicht entstanden . . . 31
§ 11. II. Der Fall des § 1163 Abs. I. Satz 2: Die Forderung ist erloschen 34
§ 12. III. Pfändung der zukünftigen Eigentümerhypothek 40

IV. Abschnitt. Seite

Uebertragung der Forderung bezw. der Hypothek.

§ 13. I. Uebertragung der Forderung mit der Hypothek nach den Vorschriften der §§ 1153, 1154 B.G.B. 49

§ 14. II. Uebertragung der Forderung ohne die Hypothek 53

V. Abschnitt.

§ 15. **Pfandrecht an der Höchsthypothek** . . . 61

VI. Abschnitt.

Geltendmachung der Höchsthypothek.

§ 16. I. Die Pfandklage 62

§ 17. II. Die Höchsthypothek bei der Zwangsversteigerung 65

VII. Abschnitt.

§ 18. **Umwandlung in eine Hypothek mit festem Betrage** 74

VIII. Abschnitt.

§ 19. **Untergang der Höchsthypothek** 79

IX. Abschnitt.

§ 20. **Uebergangsrecht** 80

Anhang.

Besondere Arten der Höchsthypothek.

§ 21. I. Die Arresthypothek 82

§ 22. II. Die Höchsthypothek für Zinsen und Kosten (Zinsen- und Kostenkaution) 89

Einleitung.

§ 1.

Stellung im System.

Das neue bürgerliche Recht kennt drei Hauptformen des Immobiliarkredits: die Hypothek, die Grund- und die Rentenschuld. Es sind dies, wenn auch das Gesetz von einem „Pfandrecht" direkt nicht spricht, eine Art pfandrechtlicher Belastungen, auf Grund deren „aus dem Grundstück" (§§ 1113, 1191, 1199) eine bestimmte Geldsumme zu zahlen ist, d. h. der Eigentümer verpflichtet sich hierdurch, in der Höhe der belastenden Summe die Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu dulden.

Während Grund- und Rentenschuld unter sich nur dadurch verschieden sind, dass erstere sich als eine einmalige Leistung darstellt, die Rentenschuld hingegen auf wiederkehrende Leistungen geht, heben sich beide von der Hypothek dadurch scharf ab, dass letztere stets und unbedingt eine Forderung voraussetzt (§ 1113), was bei der Grund- und Rentenschuld, wenn auch meist der Fall, doch niemals in die äussere Erscheinung treten darf, weshalb sich daher die eine Forderung sichernde Hypothek mehr als das eigentliche Grundstückspfandrecht darstellt im Gegensatz zu dem „reinen Realkredit"[1]) der Grund- und Rentenschuld.

---

[1]) So Turnau-Förster I. S. 555.

Die regelmässige Erscheinung der Hypothek ist die Briefhypothek des § 1116; der Brief, d. i. eine über das Hypothekenrecht gemäss § 56 ff. G. B. O. ausgestellte Urkunde, tritt hier gleichsam selbstständig neben den Grundbucheintrag; dies zeigt sich am öffentlichen Glauben des Briefes (§ 1140), an der Uebertragung der Hypothek (§ 1154 Abs. I), an der Legitimation durch den Brief (§ 1155) u. s. w. –

An ihre Seite tritt die Buchhypothek, bei der nach § 1116 Abs. II. der Brief durch Einigung und Eintragung ausgeschlossen ist; für sie gelten ungefähr dieselben Vorschriften, selbstverständlich mit Ausschluss derer, die vom Brief handeln.

Diese beiden Formen bilden die gewöhnliche oder Verkehrshypothek, weil sie zum Umlauf im Verkehr am geeignetsten sind; denn hier gibt das Grundbuch dem Dritten nicht nur Aufschluss über das Hypothekenrecht, sondern gemäss § 1138 auch über die Forderung, d. h. die Forderung gilt nach der Vermutung der § 891 ff so, wie sie das Grundbuch ausweist, als bestehend, und eine Einrede dagegen kann nur insoweit geltend gemacht werden, als sie aus dem Grundbuch hervorgeht oder als die Möglichkeit ihrer Geltendmachung bekannt ist.

Im scharfen Gegensatz hiezu hat dann das B.G.B. in der Sicherungshypothek eine Hypothekenform konstruiert, bei der sich das „Recht des Gläubigers aus der Hypothek nur nach der Forderung bestimmt, und der Gläubiger sich zum Beweis der Forderung nicht auf die Eintragung berufen kann“ (§ 1184 Abs. I., 1185 Abs. II.). Der öffentliche Glaube des Grundbuchs erstreckt sich hier nicht auf die Forderung, sondern nur auf die Hypothek, die ihrerseits wieder in streng akzessorischem Verhältnis zur Forderung steht. Die regelmässige Bestellung dieser Form ist nach dem „kann“ des § 1184

die rechtsgeschäftliche; daneben statuiert das Gesetz noch verschiedene Unterarten, die nur Sicherungshypotheken sein können, so die Hypothek für Forderungen aus Inhaber- und Ordrepapieren (§§ 1187–89), die Zwangs- und Arresthypothek (§§ 866 ff, 932 C.P.O.), und zuletzt die Höchsthypothek[2]) des § 1190, die hier den Gegenstand näherer Erörterung bilden soll.

§ 2.

Begriff und Anwendungsgebiet.

Entsprechend dem durch alle Zeiten hindurch[3]) zu Tage getretenen Verkehrsbedürfnis, nicht nur festbestimmte, bestehende, sondern auch ungewisse, zukünftige obligatorische Rechtsansprüche hypothekarisch sicher gestellt zu sehen, bestimmt auch das B.G.B. im § 1113 Abs. II., dass eine Hypothek auch für eine künftige und bedingte Forderung bestellt werden könne; und zwar „braucht hiernach die zu sichernde Forderung keineswegs existent zu sein, ja nicht einmal wird das Bestehen eines Rechtsverhältnisses, aus dem die Forderung sich zu entwickeln vermöchte, gefordert“[4]).

„Aus diesem Satze formuliert nun“, um mit *Oberneck* S. 954 zu sprechen, „das Gesetz eine praktische Folgerung“ in der Gestalt der Höchsthypothek des § 1190. Es wird hier eine bestimmte Summe als Höchstbetrag eingetragen, für den das Grundstück, wie noch zu sehen ist, verhaftet bleibt, während der Entstehung und Entwicklung

---

[2]) Auch Maximal- (so Endemann S. 880, Hachenburg S. 597), Ultimat- (Dernburg S. 671), Höchstbetragshypothek (Turnau-Förster I. S. 831) genannt. Das preussische E.E.G. von 1872 sprach von einer Kautionshypothek, das bayrische Recht von einer Sicherheitshypothek.

[3]) vergl. Geschichte.

[4]) So Mot. III. S. 638.

der Forderung bis zur Grenze des Höchstbetrags vollständig freier Lauf gelassen wird.

Gerade dieser Umstand macht die Höchsthypothek zur Sicherung solcher Verhältnisse geeignet, die auf die Dauer berechnet sind und zwar derart, dass sie schon mit ihrer Begründung einen Keim von Forderungen in sich tragen, ohne dass die Beteiligten ersehen können, ob und in welcher Höhe Forderungen entstehen. Hierher gehören vor allem die Kontokurrentverhältnisse, bei denen nur das am Schluss des Verhältnisses oder einer bestimmten Zeit festgestellte Saldo als Schuld gilt, so wenn der Bankier seinem Kunden, der Fabrikant seinem Abnehmer laufenden Kredit gewährt. Das Gleiche gilt für Ansprüche aus dem Miet-, Pachtverhältnis, aus einem Niessbrauch, einer Vormundschaft (vergl. § 54 F.G.G.) u. dgl. m. –

Bei allen diesen Verhältnissen kann oft lange Zeit vergehen, bis eine Forderung entstanden ist. Würde nun der Gläubiger erst nach dieser Entstehung eine Sicherung erhalten, so würde er bei der immer grösseren Inanspruchnahme des Realkredits und bei den Normen des jetzigen Rechts, das den Rang von der Eintragung an datiert, in den meisten Fällen das Grundstück schon so überlastet finden, dass er bei der Zwangsversteigerung zumeist ausfallen würde.

§ 3.

Geschichte.

Was die Geschichte der Höchsthypothek anlangt, so reicht sie mit ihrem Hauptgrundsatz, dass die Feststellung der Forderung vorbehalten bleibt, also mit der Unbestimmtheit und Zukünftigkeit der Forderung bis ins römische Recht zurück; so sagt *Marcian* in seinem liber

singularis ad formulam hypothekariam[5]): „res hypothecae . . . . et futurae obligationis nomine dari possunt“[6]).

Auch das ältere deutsche Recht fand die Pfandbestellung für künftige Forderungen unentbehrlich; wir begegnen hier im 12. und 13. Jahrhundert der sogenannten „jüngeren Satzung“, wo im Gegensatz zur „älteren“ die Gewere, d. i. der Besitz des Grundstücks dem Schuldner verblieb. Diese Verpfändungsart „diente hauptsächlich dem Zwecke, eine noch ungewisse Forderung sicher zu stellen“; so kam sie häufig vor „als Satzung für Gewerkschaftspflicht“, beim Verkauf von Liegenschaften, oder als „Satzung für allfällige aus Pacht- und Rentenverhältnissen entstehende Verpflichtungen“ u. s. w.[7]).

Die modernen Kodifikationen der deutschen Einzelrechte bildeten dann entsprechend den gesteigerten Bedürfnissen und dem sich mehr und mehr entwickelnden Realkredit die Kautionshypothek bald mehr bald weniger aus, ohne sie jedoch „mit voller Konsequenz und Klarheit zu entwickeln“[8]). Abgesehen von dem allgemeinen preussischen Landrecht vom Jahre 1794[9]) verlangen alle Landesrechte bei der Pfandbestellung für künftige Ansprüche zur Entstehung der Hypothek die Eintragung eines bestimmt angegebenen Betrags der Haftung des Grundstücks in das Pfand- oder Hypothekenbuch[10]). Diese Eintragung wahrt der Hypothek den Rang, da das Hypothekenrecht selbst nicht schon mit der Eintragung

[5]) Corpus iuris wie zitiert S. 260: l. 5. pr. Dig. de pign. 20, 1.

[6]) vergl. Windscheid § 225 Anm. 6.

[7]) So Heusler II. S. 147.

[8]) Mot. III. S. 620, 766.

[9]) das in I, 20 § 141 allgemeine Kaution zuliess.

[10]) So vergl. preuss. E.E.G. v. Jahre 1872 § 24, sächsisches B.G.B. § 370, 389, Regelsberger, bayrisches Hypothekenrecht § 43, das österreichische allgemeine Grundbuchgesetz vom 7.VII.1871 § 14, Zachariae franz. Civilrecht § 266 n, 30 (code civile: art. 2132) u. s. w.

der Hypothek, sondern erst mit der Entstehung der Forderung entsteht[11]). Bezüglich der Entstehung der letzteren aber wird nicht gefordert, dass das Rechtsverhältnis, aus dem die Forderungen entstehen können, bereits mit der Begründung der Hypothek zur Entstehung gelangen muss, in allen Rechten vielmehr, mit Ausnahme des österreichischen[12]), genügt es, wenn das Rechtsverhältnis nur als ein gedachtes, mögliches bezeichnet ist, so z. B. für ein künftig zu gebendes Darlehen[13]) u. s. w. –

Eine einschneidende Verschiedenheit gegenüber dem B.G.B. zeigt sich dann in den einzelnen Landesrechten besonders durch die Stellungnahme gegenüber der Frage einer Eigentümerhypothek. Zwar kennt das preussische Recht ein der jetzigen Eigentümerhypothek ähnliches Institut, allein der § 67 E.E.G. schloss die §§ 62–66, die hiervon handelten, bei der Kautionshypothek aus, wobei als unmittelbare Folge davon die gleich- und nachstehenden Berechtigten nach Feststellung der Forderung soweit in den Rang der Kautionshypothek einrückten, als der festgestellte Betrag hinter dem Höchstbetrag zurückblieb.

Das bayrische Recht hatte hierfür die „Hypothekenerneuerung", wonach der Schuldner nach erloschener, aber im Buch noch nicht gelöschter Hypothek den Rang derselben einem anderen, auch einem neueren Gläubiger, jedoch für keine grössere Summe einräumen konnte

[11]) So Windscheid § 242 Nr. 3 und Anm. 8, Regelsberger a. a. O. § 43 Nr. 4; Dernburg, preussisches Hypothekenrecht § 62; im Gegensatz hierzu lehrt Exner S. 133 für das österreichische Recht, dass diese „Hypothek mit dem Moment der Eintragung entstehe, von wo ab auch ihre Priorität datiere".

[12]) Exner S. 131, 132: „die künftige Forderung muss sofort individualisiert werden".

[13]) So vergl. Regelsberger § 43 Nr. 3, E.E.G. § 24, Siegmann § 5, S. 39.

(§ 84 des bayr. Hyp.-Ges.); allein grossen Nutzen hatte dieses nicht, da er sie auf seinen Namen nicht umschreiben lassen konnte[14]). Das sächsische und österreichische Recht gewährten im Fall der Vereinigung von Hypothek und Eigentum in einer Hand sowie der Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer dem letzteren nur die Befugnis, die Hypothek auf einen neuen Gläubiger umschreiben zu lassen, um so das Vorrücken der gleich- und nachstehenden zu verhüten[15]).

Nachdem so alle Landesrechte die Kautionshypothek gleichsam unentbehrlich gefunden hatten, musste sie auch in das B.G.B. aufgenommen werden. Der 1. im Jahre 1888 veröffentlichte Entwurf enthielt auch unter der Ueberschrift „Sicherungshypothek" in den §§ 1125 – 1134 Bestimmungen über eine lediglich zur Sicherung von Forderungen dienende Hypothek, als deren Unterart die Kautions- mit der Zwangs- und Arresthypothek Regelung fanden. Ueber ihr Wesen berichten die Protokolle III. S. 680, dass das charakteristische Merkmal dieser Sicherungshypothek darin liege, dass der öffentliche Glaube des Grundbuchs nicht für die Forderung gelte; sie sei in 2 Arten bestellbar, entweder als Kautionshypothek mit einem Höchstbetrag für noch unbestimmte Forderungen oder als Sicherungshypothek im engeren Sinne mit einem festen Betrag für eine bestimmte Forderung, bei der es aber dem Eigentümer vorbehalten bleibe, Einreden aus der Forderung gegenüber jedermann, auch dem gutgläubigen Zessionar, geltend zu machen.

Bei der 2. Lesung wurde streitig, ob als Sicherungshypothek nur eine Kautionshypothek zuzulassen sei, oder ob man sich zur Vermeidung von Rechtsverwirrung mit

[14]) Regelsberger § 60, S. 282.
[15]) Siegmann § 36, S. 118 ff, Exner § 90.

den Formen der einfachen Buch- und Briefhypothek und Grundschuld zufriedengeben solle. Die Mehrheit beschloss jedoch, „dass neben der Kautionshypothek die Sicherungshypothek des Entwurfs ausdrücklich aufrecht zu erhalten sei“[16]).

So ging aus dem E. I. nicht nur die Sicherungshypothek des § 1184, sondern auch die Kautionshypothek des § 1190 in das B.G.B. über, während Zwangs- und Arresthypothek in die C.P.O. verwiesen wurden[17]).

[16]) vergl. Prot. III. S. 681.
[17]) vergl. Prot. III. S. 700—703, 711.

I. Abschnitt.

Begründung der Höchsthypothek.

§ 4.

I. Einigung und Eintragung, Inhalt derselben, insbesondere Höchstbetrag und Grundverhältnis.

Wie erwähnt ist die Höchsthypothek notwendigerweise stets eine Sicherungshypothek (§ 1190 Abs. III.); es finden daher, soweit § 1190 selbst keine Ausnahme enthält, alle Vorschriften über die Sicherungshypotheken, wie Briefausschluss (§ 1185 Abs. I)[1]), Ausschluss des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs bezüglich der Forderung (§ 1184 Abs. I.)[2]), Kündigung nur gegenüber oder von dem persönlichen Schuldner (§§ 1185 Abs. II, 1141), Umwandlung in eine gewöhnliche Hypothek (§ 1186)[2]) u. s. w. ohne weiteres Anwendung.

Die Bestellung der Höchsthypothek erfolgt wie die einer jeden anderen Sicherungshypothek gemäss § 873 durch Einigung und Eintragung[3])[4]).

---

[1]) Im preussischen Recht konnte über die Kautionshypothek auch ein Brief erteilt werden; vergl. G.B O. vom J. 1872 § 122.

[2]) S. näheres bei den einschlägigen §§ unten.

[3]) Das Erfordernis der Einigung entfällt bei der Entstehung der Hypothek auf Grund gesetzlichen Titels, so bei der auf Ersuchen des Vormundschaftsgerichts gemäss § 54 F.G.G. einzutragenden Sicherungshypothek, die den Bedürfnissen entsprechend gewöhnlich als Höchsthypothek eingetragen wird, und bei der Arresthypothek des § 932 C.P.O.

[4]) Nach § 894 C.P.O. kann weiter die Zustimmung des schuldnerischen Eigentümers zur Eintragung der Hypothek durch rechtskräftiges Urteil ersetzt werden; stets aber ist es durchaus unzulässig, den Höchstbetrag nach einseitiger und willkürlicher Bestimmung des Berechtigten (§ 19 G.B.O.) einzutragen, so R.O.L.G. III, 364.

1) Gegenstand der Einigung ist vor allem die Begründung einer Höchsthypothek; „hat sich der Gläubiger mit dem Eigentümer über eine Sicherungshypothek mit bestimmtem Betrag oder über eine Verkehrshypothek geeinigt, so würde die eingetragene Höchsthypothek nichtig sein, es sei denn, dass der Gläubiger sie nachträglich annimmt"; selbst die Entstehung einer Eigentümerhypothek wäre nicht möglich[5]). Eine irrtümliche Zustimmung eines der Beteiligten in der Meinung, es werde eine andere Hypothek bestellt, macht die Eintragung erst nach durchgeführter Irrtumsanfechtung nichtig. Das Einverständnis der Parteien muss sich daher – abgesehen von den Forderungen, die durch die Hypothek gesichert werden sollen, denn dass darüber Einverständnis bestehen muss, ist selbstverständlich – vor allem erstrecken auf den Höchstbetrag, für den das Grundstück haften soll und weiter auf den Umstand, dass die Feststellung der Forderung vorbehalten werden soll. Denn diese beiden Faktoren sind die wesentlichen begriffsbestimmenden Merkmale unserer Hypothek (§ 1190 Abs. I.).

2) Was die Eintragung betrifft, so verlangt das Gesetz ausser der Bezeichnung des Gläubigers (§ 1115) zunächst die Eintragung eines bestimmten „Höchstbetrags, bis zu dem das Grundstück haftet" (§ 1190 Abs. I. S. 2), womit dem in § 1115 ausgesprochenen Bestimmtheits- und Spezialitätsprinzip völlig Genüge geleistet ist; denn wenn auch der Betrag der Forderung unbestimmt ist, so ist doch die Grenze derselben, mit der, wie wir noch sehen werden, das Grundstück belastet ist, festgesetzt und allen erkennbar. Dieser Betrag der Haftungsbegrenzung muss nach § 28 G.B.O. in Reichswährung ausgedrückt (Goldklausel zulässig! vergleiche

[5]) So R.O.L.G. 8, 142.

Biermann S. 420) unbedingt in das Grundbuch eingetragen werden, gleichviel, ob er durch Einigung, Gesetz oder Richterspruch konstituiert ist. Fehlt es an seiner Angabe, so ist, wenn auch die Feststellung der Forderung vorbehalten ist, der Antrag auf Eintragung zurückzuweisen, bezw. wenn die Hypothek schon eingetragen, ist sie nichtig, weil ein ihrem Inhalt nach unzulässiger Eintrag erfolgt ist, dem keine Wirkung zukommt, sondern der nach § 54 G.B.O. von dem Grundbuchrichter von Amtswegen zu löschen ist[6]).

In den Höchstbetrag werden, da er die „gesamte Forderung in sich begreifen muss, um nicht des Erfordernisses der Bestimmtheit der Forderung zu ermangeln"[7]), bei Verzinslichkeit der Forderung sämtliche Zinsen, die vertragsmässigen wie die gesetzlichen[8]) eingerechnet, so dass also das Grundstück eo ipso für sie haftet und eine diesbezügliche Angabe im Grundbuch unzulässig ist (§ 1190 Abs. II.); und zwar ist dies nicht eine blosse Ordnungsvorschrift, sondern eine zwingende Norm: ein Verstoss dagegen hat die Unwirksamkeit der dinglichen Rechtsänderung zur Folge.

Rückständige Zinsen haben ohne Zeitgrenze den Rang der Post, d. h. soweit sie den eingetragenen Höchst-

---

[6]) So auch Plank Anm. 2 zu § 1190, Kretzschmar S. 413.

[7]) Mot III. S. 767.

[8]) Anders Fischer u. Henle, Anm. 2 zu § 1190, sowie Hecking in seiner Diss. S. 13; dass jedoch auch die gesetzlichen Zinsen eingerechnet werden, erhellt daraus, dass der im E.I. § 1129 Abs. III. S. 1 hinter dem Worte „Zinsen" stehende Relativsatz „für welche das Grundstück in Gemässheit der Begründung der Hypothek haftet", gestrichen wurde (vergl. Prot. III. S. 689), womit doch deutlich gesagt ist, dass alle Zinsen eingerechnet werden sollen. Hiegegen ist der Ansicht von Maenner a. a. O. S. 293 wohl beizustimmen, wenn er sagt, dass die Hypothek auch über den Höchstbetrag hinaus für die Verzugszinsen haftet, die gemäss § 1146 dem Eigentümer gegenüber entstehen; denn § 1190 Abs. II. rechnet nur die Zinsen der „Forderung", die also in der Person des Schuldners

betrag nicht übersteigen, fallen sie unter diesen[9]); darüber hinaus können sie nicht aus der Hypothek Befriedigung finden, denn dies würde die eingetragenen gleich- und nachstehenden Berechtigten beeinträchtigen[10]).

Dasselbe muss aus dem nämlichen Grund auch für die Nebenleistungen aller Art, wie Amortisationsquoten, Kursdifferenzen, Zinsbeischläge, Strafzinsen, Vertragsstrafen u. s. w. gelten.

Diese Beschränkung der Eintragung der Zinsen und Nebenleistungen besteht aber nur solange, als die Höchsthypothek als solche besteht; nach der Umwandlung in eine Hypothek mit festem Betrage fällt diese Beschränkung und es ist § 1119 unbeschränkt anwendbar[11]).

Hingegen umfasst der Höchstbetrag nicht die Kosten der Kündigung und der dinglichen Rechtsverfolgung, bezüglich deren es bei § 1118 bewendet; für diese kann also das Grundstück auch über den Höchstbetrag in Angriff genommen werden[12]). Alle anderen Kosten aber, deren Haftung vereinbart ist, fallen unter den Höchst-

---

entstehen, in den Höchstbetrag ein; diese Zinsen aber entstehen nicht in der Person des Schuldners, sondern in der des mit dem Schuldner nicht identischen Eigentümers. Ferner ist ja auch § 1146 als Ausnahme von § 1118 nicht von § 1190 ausgeschlossen. Von den Fällen der Inverzugsetzung wird aber allerdings der des § 284 Abs. II. S. 2 mit § 1141 ausser Anwendung zu bleiben haben, weil § 1141 durch § 1185 Abs. II. hier ausgeschlossen ist.

[9]) Hierdurch wird auch die Bestimmung des § 1178 hier gegenstandslos; denn die Zinsrückstände werden bis zum Höchstbetrag ebenso behandelt, wie die Hauptforderung selbst.

[10]) So R.O.L.G. 2, 154, Dernburg S. 671.

[11]) vergl: Fuchs Anm. 7 a zu § 1190; nach einer Entscheidung des preussischen Obertribunals bei Gruchot 23, 753 fand § 25 E.E.G., der von der Zinserhöhung handelte, auch auf die Kautionshypothek Anwendung, was aber von Seiten des R.G. bei Gruchot 47, 668 verneint wurde.

[12]) Im Gegensatz zu Dernburg S. 671, der eine Haftung des Grundstücks hierfür über den Höchstbetrag hinaus ablehnt; dass aber hier eine

betrag, so besonders auch die Kosten der Eintragung, der persönlichen Klage u. s. w. —

Nicht besonders eingetragen zu werden braucht dann gegen die Regel des § 1184 Abs. II. die Bezeichnung „Sicherungshypothek“ (§ 1190 Abs. III.); denn durch die Bestimmung, dass die Forderung vorbehalten ist, die Hypothek sich vermöge ihres akzessorischen Charakters aber nur nach der Forderung richtet, stimmt das ganze Wesen der Höchsthypothek mit dem in § 1184 Abs. I. normierten der Sicherungshypothek auch schon überein.

Analog dem preussischen und französischen Recht, die in § 19 E.E.G. bezw. art. 2148 Nr. 3 Code civil für alle Hypotheken die Bezeichnung des Schuldgrundes, la nature du titre, streng forderten, verlangt auch das K.G. in seiner Entscheidung vom 30.XII.1901[13]) für das B.G.B., dass neben dem Höchstbetrag der Grund der Forderung, das zugrunde liegende Vertragsverhältnis, aus dem die Forderungen entstehen, mindestens durch Bezugnahme auf die Eintragsbewilligung im Grundbuch anzugeben sei. Diesem Verlangen ist, wenn auch § 1190 selbst hierfür keine direkte Stütze bietet[14]), unbedingt beizutreten. Denn einmal findet § 1115 als allgemeine Vorschrift auf § 1190 vollständig Anwendung, da er nirgends davon ausgeschlossen ist; § 1115 aber bezweckt

derartige Haftung begründet ist, bekunden deutlich die Mot. III. S. 768: „Diese Haftung besteht auch bei der gewöhnlichen Hypothek „neben“ der Haftung für die aus dem „Grundbuch“ ersichtliche Forderung“; ein Grund aber, der eine andere Gestaltung des Verhältnisses für die Kautionshypothek rechtfertigte, ist nicht erfindlich“; als „Forderung“ aber kann in diesem Sinne hier doch nur der Höchstbetrag gelten.

[13]) K.G.J. 23 S. A 237; zustimmend: Boehm S. 294, Biermann S. 246, Hachenburg, Vortr. S. 597; and. A.: das preussische amtliche Musterformular, ferner Achilles-Strecker G.B.O. I. S. 61.

[14]) wodurch sich Endemann S. 880 zu der Behauptung veranlasst sieht, dass schlechthin die Angabe einer Summe genüge.

mit seiner Bestimmung, dass „im Uebrigen zur Bezeichnung der Forderung auf die Eintragsbewilligung Bezug genommen werden könne", nur Erleichterung wegen des vielfach vorhandenen Raummangels, während der Grund der Forderung im allgemeinen als Darlehen, Kaufvertrag, u. s. w. wohl eingetragen werden kann (Mot. III. S. 643). Sodann wird auch abgesehen hiervon die Beweisfrage bezüglich des Entstandenseins von Forderungen es nur allzusehr in das Interesse der Parteien, besonders des Gläubigers legen, dass das Rechtsverhältnis und zwar auch im Grundbuch in einer Weise bezeichnet wird, die jeden Zweifel darüber ausschliesst, welche Forderungen in den durch die Höchsthypothek gesicherten Geschäftskreis fallen[15]).

Was nun die Art der Bezeichnung anlangt, so ist zunächst auf das Grundverhältnis selbst mit einigen Worten einzugehen. Denn dieses ist wohl zu unterscheiden von der Forderung; es bildet nämlich nur die obligatorischen Rechtsbeziehungen zwischen Gläubiger und Schuldner, aus denen dann die letzteren entstehen. Nur die Forderung, das Recht, von dem andern eine Leistung zu verlangen, nicht aber das Kausalverhältnis wird durch die Hypothek gesichert. Dieser kausale Entstehungskreis der Forderungen kann nun den verschiedenartigsten Rechtsmaterien, so Forderungs-, Familienrecht u. s. w. entnommen, nach den Intentionen der Parteien enger oder weiter gezogen sein. Eine Höchsthypothek kann sowohl „für die aus einem konkreten Rechts-

[15]) Aus diesem letzteren Grunde verlangt auch die bayrische Dienstanweisung für die Grundbuchämter vom 27. II. 05, „dass der Kreis der Forderungen, für die die Höchsthypothek bis zu einem bestimmten Höchstbetrag bestellt ist, so genau als möglich bezeichnet werden soll, als dies nach Lage der Sache möglich und notwendig ist, um für die Zukunft einen Zweifel darüber auszuschliessen, ob eine einzelne Forderung unter die Hypothek fällt oder nicht".

verhältnis zwischen den Beteiligten entstandenen oder noch entstehenden, als auch für jegliche Ansprüche bestellt werden, die irgend wann und aus irgend welchem Grunde dem Gläubiger gegen den Schuldner erwachsen möchten, so dass innerhalb des eingetragenen Höchstbetrags der Gläubiger jede Forderung gegen den Schuldner geltend machen kann“[16]).

Diesem Rahmen entsprechend kann die geforderte Bezeichnung des Schuldgrundes nun entweder einfach in der Angabe des Rechtsverhältnisses bestehen, so z. B. für alle Forderungen aus dem Mietverhältnis, für laufenden Kredit u. s. w., oder sie kann auf schlechthin „alle zwischen den Beteiligten entstehenden Forderungen“ lauten[17]). Da ferner § 1180, von keiner Vorschrift hier ausgeschlossen, auch hier Anwendung findet, so dass die Parteien beliebig vor oder nach der Entstehung oder Feststellung der Forderung das ursprüngliche Vertragsverhältnis durch ein neues ersetzen können[18]), muss auch diese Aenderung des Schuldgrundes eingetragen werden.

Eine für den Bestand des dinglichen Rechtes nachteilige Wirkung dürfte die Unterlassung der Bezeichnung des Schuldgrundes bei der Eintragung nicht haben, da ja der Schuldgrund in der Eintragungsbewilligung genau gekennzeichnet werden muss; allein haben die Beteiligten in der Eintragungsbewilligung ein Rechtsverhältnis genau bezeichnet, so können sie auch gemäss § 1115 bei der Eintragung diese Bezeichnung mindestens durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung, und wenn

---

[16]) So K.G.J. 23 S. A. 239, dem sich Dernburg S. 671, Oberneck S. 945 ff, Plank S. 622, Staudinger S. 523 u. a. anschliessen.

[17]) Darüber, dass die Annahme dieses letzteren Satzes nicht gegen das Erfordernis der Schuldgrundbezeichnung spricht, vergl. n. 2 z. II. Absch

[18]) vergl. Oberneck S. 964.

auch dieses unterblieben, die „Ergänzung des Vermerks eventuell im Beschwerdeweg verlangen“[19])[20]).

§ 5.

II. Wirkung der Begründung.

Während im preussischen wie im bayrischen Recht die Eintragung nur ein bedingtes „erst werdendes Hypothekenrecht“[21]) entstehen liess, das zwar erst mit der Entstehung der Forderung ins Leben trat (vergl. R.G. 49, 164), aber „allerdings schon mit der Eintragung eine unmittelbare Wirkung äusserte, indem es eine dingliche Gebundenheit, die den Keim zur künftigen Entstehung des Rechtes in sich schloss“[22]), begründete, unterliegt es jetzt keinem Zweifel, dass die Höchsthypothek des B.G.B. als eine feste unbedingte Hypotkek das Grundstück mit dem Moment der Eintragung in Höhe des Höchstbetrags belastet[23]). Der Umstand, dass die Hypothek als Akzessorium der Forderung

[19]) So Turnau-Förster I. S. 833, K.G.J. 23 S. A 237, und auch Landgericht Posen vom 2.II.01 (Cbl. f. fr. G. II. S. 154).

[20]) Der Eintrag einer Höchsthypothek dürfte nach alledem lauten: „Höchsthypothek bis zum Betrag, Hypothek bis zum Höchstbetrag, Sicherungshypothek bis zum Höchstbetrag u s. w. — von x Mark für laufenden Kredit u. dergl. zu Gunsten des . . . . . unter Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung“; ist bei der Eintragung der Schuldgrund, wie oben gefordert, genau angegeben, so kann das Fehlen des Ausdruckes „Höchstbetrag“ nichts schaden. Denn die Eintragung „Sicherungshypothek von x Mark für alle aus dem Dienstvertrag zu erfüllenden Verbindlichkeiten“ dürfte doch über die Natur dieser Hypothek als Höchsthypothek keinen Zweifel aufkommen lassen (so vergl. Turnau-Förster Anm. 1 zu § 1190, S. 831); fehlt hingegen in diesem Fall auch die Schuldgrundbezeichnung, so muss die Hypothek gutgläubigen Dritten gegenüber als gewöhnliche oder Sicherungshypothek gelten.

[21]) vergl. Dernburg, preuss. Hypothekenrecht S. 62.

[22]) Regelsberger § 43 Nr. 4.

[23]) So R.G. $49_{,164}$, $51_{,117}$, $51_{,398}$, $55_{,217}$, R.O.L.G. $4_{,194}$; Lafrenz in Gruchot B. 46 S. 343 ff, Jäckel Z.V.G. S. 64; ferner Oberneck

durch deren Bestand bedingt ist, hat nicht zur Folge, „dass die Eintragung nur eine dingliche Gebundenheit des Grundstücks bewirkt, während das Hypothekenrecht selbst erst mit der Forderung, wenn auch ohne Eintragung, entsteht“[24]); vielmehr ist hierdurch nur unbestimmt und in der Schwebe, wieviel von dem eingetragenen Höchstbetrag dem Gläubiger in Wirklichkeit zusteht, was er, durch den Bestand der Forderung gleichsam legitimiert, bei der Rechtsverfolgung aus dem Grundstück wirklich beanspruchen kann. Denn vorläufig steht die Höchsthypothek in ihrem ganzen Betrage und in ihrer ganzen unbedingten Belastung dem Gläubiger zu, bis sich diese Ungewissheit gehoben hat, und dies geschieht erst mit dem Moment der im Gesetz vorbehaltenen Feststellung der Forderung. „Die Höchsthypothek ist daher nicht wie nach § 1163 Abs. II. im Regelfalle die Briefhypothek zunächst Eigentümerhypothek, sondern kann dieses nur werden, wenn sich nach Massgabe des ihr zugrunde liegenden Rechtsgeschäftes entschieden hat, dass und in welchem Betrage die Forderung, zu deren Sicherung sie eingetragen ist, hinter dem eingetragenen Höchstbetrage zurückbleibt; bis dahin bleibt die Hypothek das, als was sie im Grundbuch eingetragen ist: eine zu einem Höchstbetrag eingetragene Sicherungshypothek für einen bestimmten Gläubiger, bei der die Feststellung der Forderung, für die sie haftet, vorbehalten bleibt (§ 1190); denn solange und soweit diese Feststellung noch aussteht, liegt die Voraussetzung einer Eigentümerhypothek: „Nichtentstehen einer zu sichernden Forderung“ nicht vor; sie ist erst dann

S. 954, Turnau-Förster I. S. 834, Fuchs S. 620, Biermann S. 417, Müller u. Meikel I. S. 919.

[24]) Wie Staudinger S. 523 in Anlehnung an das bayr. Recht meint.

gegeben, wenn nach dem der Höchsthypothek zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte keine Forderungen mehr entstehen können, und die entstandenen den eingetragenen Höchstbetrag nicht erreichen; erst dann hat sich herausgestellt, dass die Forderungen, für die sie bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt sind (§ 1163 Abs. I. S. 1)“[25])[26]).

Allerdings könnte man versucht sein, von vornherein eine Eigentümerhypothek, bezw. da keine Forderung bestünde, eine Eigentümergrundschuld anzunehmen, die in der Zeit und in dem Masse, als Forderungen entstünden, sich stets mehr und mehr in eine dem Gläubiger zustehende Hypothek verwandeln würde; allein angesichts des festen und reellen Wertes, den das B.G.B. wie in allen Grundstückspfandrechten so auch besonders in der dem reinen Realkredit dienenden Grundschuld verkörpert, erscheint eine solche flüssige, sich unablässig mit dem Stand jeder Einzelforderung ändernde Wertsgestaltung geradezu unmöglich; man denke nur an den Fall, dass ein Bankier den von einer Bank ihm gewährten Kredit infolge günstiger Kurslage durch Stunde für Stunde, ja vielleicht telegraphisch durch Sekunde für Sekunde gemachte Bestellungen von Wertpapieren ausnützt!

---

[25]) So R.G. 51,115 ff; der gleichen Ansicht: R.G. 55,220, 56,326, R.O.L.G. 3,198, 4,74, 4,377, 5,334, R.I.A. 4,240, O.L.G. Dresden 5.XII.02, weiter Kretzschmar S. 322, Fischer u. Henle Anm. 1 zu § 1190, Müller u. Meikel I. S. 920, Koch in Ztschr. f. Rpfl. i. B. 05 S. 424; and. A.: R.G. 49,164, weiter Endemann S. 743 und 880, Plank S. 624, die von vornherein eine Eigentümerhypothek annehmen, die sich in dem Masse, als Forderungen entstehen, verringern soll; ähnlich auch Fuchs S. 620, Turnau-Förster I. S. 834, Fischer-Schäfer S. 217.

[26]) Dem von Endemann a. a. O. hiergegen geltend gemachten Einwurf, dass dies zur Anerkennung der forderungslosen Hypothek führe, steht entgegen, dass die Hypothek dem Gläubiger nicht unbedingt, sondern nur vorläufig, auf Grund der Eigenart des Vorbehalts der Forderung durch die Entstehung derselben bedingt zusteht, so dass er sein Recht nur insoweit verfolgen kann, als es durch eine Forderung begründet ist.

Ferner müsste man dem Eigentümer, wenn man nicht sein Recht wert- und gegenstandslos machen wollte[27]), sofort, wenn nach der Eintragung keine Forderung entstanden ist, das Recht geben, Umschreibung der Hypothek auf seinen Namen zu verlangen; dieses würde aber doch dem ganzen Wesen der Höchsthypothek zuwiderlaufen; denn es ist, wie *Kretzschmar* S. 322 zutreffend äussert, „nicht sowohl eine ziffermässige Forderung, wie vielmehr das ganze Schuldverhältnis, wegen dessen dem Gläubiger die Hypothek bestellt wird, weshalb sie sich auch auf alle Forderungen erstreckt, die aus dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis entstehen können. Hieraus ergibt sich, dass hier eine Eigentümerhypothek nicht schon um deswillen zur Entstehung gelangt, weil zu einer gegebenen Zeit keine Forderungen vorhanden sind, die unter die Hypothek fallen“[28]).

Aus alledem lassen sich für die Höchsthypothek nun einige wichtige Folgerungen ziehen:

1) Der von dem eingetragenen Höchstbetrag in Anspruch genommene Teil des Grundstückswertes ist den gleich- und nachstehenden eingetragenen Berechtigten ein für allemal entzogen. Insbesondere können sie nicht bei einem eventuellen teilweisen oder ganzen Nicht-

[27]) Denn der Zuspruch der Eigentümerhypothek ohne die gleichzeitige Möglichkeit ihrer eigentlichen Geltendmachung, wie Endemann u. s. w. sie dem Eigentümer gewähren wollen, nützt ihm absolut nichts; eine Verfügung über die jetzige Eigentümerhypothek, unter der Bedingung, dass sie nicht durch das Entstehen von Forderungen untergehe, ist ganz dasselbe, wie die Verfügung über die künftige durch Nichtentstehen von Forderungen bewirkte Eigentümerhypothek, wie sie ja auch bei der obigen Annahme dem Eigentümer mit dem Moment der Bestellung der Hypothek freisteht.

[28]) Und daher ist auch, obwohl § 1163 Abs. I. S. 1 weder durch § 1185 Abs. II. noch durch § 1190 ausgeschlossen ist, die Annahme vollauf gerechtfertigt.

entstehen von Forderungen in etwa hierdurch entstehende Lücke oder freiwerdende Stelle einrücken, denn „es genügt zum Fortbestand der Hypothek des Gläubigers, dass das Rechtsverhältnis noch nicht sein Ende erreicht hat und daher noch Forderungen, die von der Hypothek zu sichern sind, entstehen können“[29]). Ist das Verhältnis beendigt, so wird die forderungslose Hypothek zur Eigentümerhypothek. Eine Folge davon ist dann auch, dass die Kautionshypothek, die z. B. für eine Pachtperiode eingetragen war, ohne Zustimmung der gleich- und nachstehenden Berechtigten auf eine weitere Pachtperiode erstreckt werden kann; denn nach Beendigung der ersten Pachtzeit geht die Hypothek, von Vereinbarungen abgesehen, nicht unter, sondern wird, wenn der Zweck, den Gläubiger zu sichern, erfüllt ist, zur Eigentümerhypothek[30]); ob die Hypothek aber dem Gläubiger oder dem Eigentümer zusteht, ist für alle anderen gleich.

2) Den gleich- und nachstehenden Berechtigten ist keinerlei Einwirkung auf die Entwicklung des inneren Rechtsverhältnisses zwischen Gläubiger und Schuldner gestattet; denn den Vertrag zwischen den Beteiligten müssen sie respektieren.

3) Den der Höchstbetragshypothek entsprechenden Grundstückswert hat der Eigentümer, solange das Kredit- u. s. w. Verhältnis besteht, nicht zu seiner freien Verfügung, auch nicht zu dem Betrage, der die aus diesem Verhältnis bis dahin entsprungenen Forderungen überragt, sondern verfügen kann er darüber nur mit der Bedingung, dass nicht auch diesem Betrage noch Forderungen aus dem Kreditverhältnisse gegen-

[29]) Kretzschmar S. 402.

[30]) In Preussen hatten die Beteiligten dieses Recht nicht, sondern bedurften hierzu der Zustimmung der gleich- und nachstehenden Berechtigten; vergl. Dernburg S. 672.

übertreten“[31]). Der Schuldner kann also, da er einerseits den Hypothekenbestellungs- bezw. Kausalvertrag nicht brechen darf, nur ein bedingtes Recht übertragen, bedingt durch das Nichtentstehen von Forderungen, andererseits verliert er auch durch die Grundstücksübertragung nicht das Recht, innerhalb des Schuldverhältnisses bis zum Höchstbetrage weitere durch die Hypothek zu deckende Forderungen zu kontrahieren, den Kredit weiter auszunützen, da durch die Veräusserung weder die Belastung des Grundstücks an sich – denn dieses haftet immer noch mit dem ganzen Höchstbetrag bis zum Ende des Rechtsverhältnisses – noch das persönliche Schuldverhältnis irgend wie berührt wird. Aus demselben Grunde ist auch weder die Einleitung der Zwangsvollstreckung noch die Beschlagnahme des Grundstücks von Einfluss auf diese Befugnis des Schuldners[32])[33])[34]).

---

[31]) R.G. 51_{113}.

[32]) Ueber die Zwangsvollstreckung s. näheres § 17.

[33]) Zustimmend R.G. 51_{113}, 55_{220}; R.O.L.G. 4_{194}; Oberneck S. 956, Staudinger S. 523, Dernburg S. 672, Turnau-Förster I. S. 834, v. d. Pfordten Z.V.G. S. 77, Steiner Z.V.G. S. 64; teilweise auch Biermann; and. A.: Boehm S. 296.

[34]) Hingegen ist diese Ausfüllungsbefugnis des Schuldners eingeschränkt durch die allgemeine Beschränkung seiner Verfügungsfähigkeit, so durch Konkurseröffnung (K.O. § 6, 7, 15); hier ist nach Turnau-Förster I. S. 834 und Jaeger, Kommentar zur K.O. (2. Aufl.) S. 401, nur der Konkursverwalter berechtigt, weitere Forderungen zu kontrahieren.

II. Abschnitt.

Inhalt der Belastung, die Forderung.

§ 6.

I. Entstehungsmöglichkeit und Betrag der Forderung (Feststellungsvorbehalt).[1])

Begriffliche Voraussetzung der Höchsthypothek ist ausser dem Höchstbetrag der Feststellungsvorbehalt der Forderung, der sich nicht nur auf den „Betrag", wie ihn § 1129 des E.I. kannte, sondern auch, da die Worte „des Betrags" sich in § 1190 nicht wiederfinden, auch auf die Entstehung der Forderung bezieht[2]), d. h. es kann zur Zeit der Eintragungsbewilligung bezw. der Eintragung nicht nur der Betrag, sondern auch die Entstehung der Forderung im Ungewissen und in der Zukunft gelassen werden.

Je nach der Grösse der Unbestimmtheit nun lassen sich verschiedene Gruppen von Forderungen unterscheiden, die durch die Höchsthypothek gesichert werden können:

1) schon bestehende Forderungen, die entweder nur noch der Bestimmung ihrer Höhe harren, so z. B.

---

[1]) Ueber Grund und Art der Forderung s. oben § 4 unter 2).

[2]) Nicht dagegen darf sich der Feststellungsvorbehalt auf den Grund und die Art der Forderung beziehen; denn mag man auch selbst auf dem Standpunkt stehen, dass der Grund der Forderung nicht eingetragen zu werden braucht, so kann doch nicht geleugnet werden, dass die Fixierung dieses Elements in der Eintragungsbewilligung notwendig ist; so auch Plank S. 622, Boehm S. 299, Hachenburg S. 597. — Wenn Fuchs S. 618, Müller und Meikel I. S. 919 den Umstand, dass die Hypothek für alle Forderungen zwischen Gläubiger und Schuldner bestellt werden kann, gleichsam als Beweis dafür anführen, dass der Feststellungsvorbehalt auch auf Grund und Art der Forderung bezogen werden könne, so dürfte dieser Beweis doch nicht ganz zwingend sein; denn wenn auch

Schadensersatzforderungen, bei denen unter den Parteien nur noch streitig ist, wie hoch sie sich belaufen, oder solche, die bei Bestimmtheit ihres Betrages von den Parteien aus irgend einem Grund als unbestimmt angegeben werden.

2) Forderungen, die ihrer Entstehung und Höhe nach ungewiss sind, die aber doch insofern eine bestimmte Grundlage haben, als das Rechtsverhältnis, aus dem sie möglicherweise entstehen, bereits besteht, so wenn ein Kassier oder Gutsverwalter eine Kautionshypothek bestellt, für den Fall, dass sich später Kassendefekte aus seiner Amtsführung herausstellen sollten.

3) Endlich Forderungen, bei denen dieses Schuldverhältnis nicht einmal besteht, sondern erst als möglich gedacht und vorausgesetzt wird, so Forderungen aus einem künftig zu gebenden Darlehen, aus einem künftigen Gesellschaftsverhältnis u. s. w. —

Nach dem B.G.B. kann zweifellos für alle diese drei Arten eine Höchsthypothek bestellt werden[3]); insbesondere kann nach der allgemeinen Fassung des § 1190 die Forderung auch gegenwärtig und gewiss sein, wenn nur ihre Feststellung vorbehalten wird, „denn die Ungewissheit ist an sich ein rein subjektiver Zustand, an den hier, wo es sich um das die Höchsthypothek objektiv von der normalen Hypothek unterscheidende Merkmal

in dieser Bezeichnung eine ganze Menge von Schuldverhältnissen liegen kann, so wird doch dadurch, dass die Forderungen aus allen zwischen den beiden Kontrahenten möglichen Schuldverhältnissen ohne Rücksicht auf einzelne kleine Unterschiede hier einbezogen werden, diese Menge quasi zu einem einzigen abstrakten Schuldverhältnis zusammengefasst, das alle möglichen konkreten einzelnen Verhältnisse in sich birgt, und zwar so, dass eine spätere Feststellung und Aussonderung nicht mehr beabsichtigt und statthaft ist.

[3]) So Dernburg S. 671, Hachenburg S. 597, Boehm S. 294, Plank S. 621.

handelt, das Gesetz seine Vorschriften nicht knüpfen kann", da es ja nicht in der Lage ist, und auch nicht sein kann, jeden einzelnen Fall auf die Bestimmtheit der Forderung nachzuprüfen; „dieses Merkmal kann daher nur den Angaben der Beteiligten bei der Begründung des hypothekarischen Rechtes entnommen werden"[4]).

Ueber die weitere Beschaffenheit der Forderung gibt das Gesetz selbst keinen Aufschluss; selbstverständlich ist es, dass die zu sichernde Forderung aus einem konkreten Anspruch (Darlehen) gebildet werden kann oder aus beliebig vielen kleineren Einzelansprüchen (so laufenden Kredit), die aber dann nur als Ganzes für die Sicherung in Betracht kommen.

§ 7.

Feststellung der Forderung.

1) Die Feststellung der Forderung ist, wie schon das Wort sagt, eine feste Bestimmung des Betrags aller für den Gläubiger dem Schuldner gegenüber aus dem zugrunde liegenden Schuldverhältnis entstandenen Ansprüche; mit der Feststellung wird der Schwebezustand der Entstehungsmöglichkeit der Forderungen beseitigt.

Das Wesen der Höchsthypothek aber wird hierdurch nicht berührt; die Hypothek bleibt Sicherungshypothek, ja sogar Höchsthypothek und zwar einfach eine solche mit festgestelltem Betrag, solange sie nicht in eine andere Form umgewandelt wird[5]). — Mit

[4]) So Mot. III. S. 621, Turnau-Förster I. S. 831, zustimmend auch Meisner S. 277.

[5]) So R.G. 49_{164}, Fuchs S. 625, Oberneck S. 963; Biermann S. 419 — ähnlich auch Müller u Meikel I. S. 920 — hält hiegegen eine Eintragung der Feststellung für notwendig und lässt die Höchsthypothek auf Grund des R.G. 49_{164}: „durch die Feststellung wird die Höchsthypothek nicht zu einer unbedingten gewöhnlichen Hypothek, sie bleibt, was sie war: eine Sicherungshypothek" durch die Feststellung zur gewöhnlichen

dieser Umwandlung wird sie meist zusammenfallen, allein sie ist doch hiervon zu unterscheiden, da sie sehr wohl ohne Umwandlung erfolgen kann. Die Feststellung ist ferner erzwingbar, da sie im Gesetz normiert ist, die Umwandlung dagegen, wie wir noch sehen werden, gewöhnlich nicht.

Hieraus folgt nun, dass sie keine Aenderung im Sinn des § 877 B.G.B. ist und somit weder eintragungsfähig oder -bedürftig ist, noch der Zustimmung derer, die ein Recht an der Hypothek haben[6]), oder der gleich- und nachstehenden Berechtigten bedarf.

2) Bewirkt wird die Feststellung entweder

a) stillschweigend mit dem planmässigen Ablauf des von den beiden ursprünglichen Kontrahenten vereinbarten Schuldverhältnisses; so enthält z. B. bei der Kaution für

---

Sicherungshypothek werden. Hier versteht aber das R.G., indem es die Sicherungshypothek der gewöhnlichen Hypothek gegenüberstellt, offenbar doch nur eine Sicherungshypothek im weiteren Sinn und will damit gewiss nicht sagen, dass die Höchsthypothek die sie von der allgemeinen Sicherungshypothek speziell unterscheidenden Merkmale aufgibt.

Warum die „Höchsthypothek mit dem Augenblick, in dem die vorbehaltene Feststellung vollzogen ist, ihren eigenartigen Charakter als solchen verlieren, und der Höchstbetrag seine Bedeutung einbüssen soll", wie Hecking in seiner Diss. S. 50 meint, ist hiernach nicht einzusehen; am allerwenigsten dürfte aber das zutreffend sein, dass der festgestellte Betrag an die Stelle des Höchstbetrags treten soll. Ist doch die Feststellung ein rein obligatorischer Akt, der nur für die Entstehungsmöglichkeit der Forderung, für das dingliche Recht aber nicht weiter von Bedeutung ist, als dass nun erhellt, ob die Hypothek ganz dem Gläubiger oder auch teilweise dem Eigentümer zusteht. Die blosse Entstehung der Eigentümerhypothek lässt die Höchsthypothek ebensowenig ihres Charakters verlustig gehen, als z. B. eine gewöhnliche Sicherungshypothek sich ändert, bei der dadurch eine Eigentümerhypothek entsteht, dass die Forderung zufällig geringer ist als der eingetragene Betrag.

[6]) And. A.: Biermann a. a. O., der die Zustimmung dieser letztgenannten für nötig erachtet.

ein Miet- oder Pachtverhältnis der Zeitpunkt, in dem vereinbartermassen dieses Verhältnis endigt, auch zugleich eine Feststellung der entstandenen Forderungen, da nun einerseits feststeht, ob und welche Forderungen entstanden sind, andererseits dass keine mehr entstehen können[7]), oder

b) durch willkürlich vereinbarten in der richtigen Form abgeschlossenen Vertrag der Beteiligten, indem diese das ursprünglich länger angesetzte Vertragsverhältnis aufheben, und so, um die entstandenen Forderungen zu ersehen, die Feststellung herbeiführen[8]), oder

c) durch ein in der gehörigen Form dem Gläubiger gegenüber erfolgendes Anerkenntnis, oder, da die Feststellung erzwingbar ist, durch die gemäss § 894 C.P.O. erfolgende Verurteilung dazu[9]).

Die Form dieser Feststellung kann schriftlich oder mündlich (vergl. auch Note 8) geschehen; inwieweit sie der Schriftform bedarf, um als abstraktes Schuldanerkenntnis zu dienen, darüber geben die §§ 781, 782 B.G.B., 350 H.G.B. und die einschlägigen Stellen der Kommentare Aufschluss.

Ueber den Begriff der in b) und c) genannten „Beteiligten" herrscht in der Litteratur Meinungsverschiedenheit:

Ist der Grundeigentümer zugleich der persönliche Schuldner, so liegt die Sache klar; für den Fall aber, dass diese nicht zusammenfallen, hält *Oberneck* a. a. O. die Zusammenwirkung des Gläubigers mit dem

[7]) Vergl. jedoch unten § 10 Nr. 1).

[8]) Die Absicht der Parteien auf Auflösung des Verhältnisses kann gegebenenfalls auch aus konkludenten Handlungen gefolgert werden, so wenn z. B. längere Zeit keine Geschäftsverbindung mehr stattgefunden hat, und auch nicht vorauszusehen ist, dass sie wieder aufgenommen wird.

[9]) So Oberneck S. 963, Fuchs S. 625.

Grundstückseigentümer für notwendig (bezw. Anerkenntnis von Seiten des letzteren)[10]), während *Fuchs* a. a. O. und *Müller* und *Meikel* I. S. 920 die Feststellung durch den Gläubiger und persönlichen Schuldner für massgebend erachten.

Eine nach der einen oder anderen Seite hin richtige Entscheidung dürfte hier schwer zu treffen sein, da beide Ansichten sich wohl begründen lassen, indem von dem persönlichen Schuldner doch die eigentliche Feststellung ausgeht, da in seiner Person die Forderungen entstehen, der Eigentümer aber sehr interessiert ist durch die Entstehung einer ihm eventuell zufallenden Eigentümerhypothek; der beste und sicherste Weg dürfte jedenfalls der sein, dass Eigentümer und persönlicher Schuldner mit dem Gläubiger zusammenwirken, etwa in der Weise, dass die eigentliche Feststellung der Forderung vom Gläubiger und persönlichen Schuldner ausgeht, während der Eigentümer sich mit der Prüfung zum Zwecke der Zustimmung und etwaigen Geltendmachung von Einwendungen daran beteiligt.

3) Die Feststellung ist je nach dem Masse der entstandenen Forderungen von verschiedenen Folgen begleitet:

a) Ergibt die Feststellung, dass überhaupt keine Forderungen entstanden sind, so wird die Hypothek in ihrem ganzen Höchstbetrage, da sie auch als solche das Grundstück belastet hat, Eigentümerhypothek[11]); analoges gilt für den Fall, dass der festgestellte Betrag der Forderung hinter dem Höchstbetrag zurückbleibt: in Höhe des Ueberschusses entsteht eine Eigentümer-

[10]) Der gleichen Ansicht K. G. J. 25 S. A 173, Prot. III. S. 692, Biermann S. 419, Staudinger Anm. 8 zu § 1190.

[11]) S. unten § 10 und 11.

hypothek, soweit diese nicht gelöscht wird[11])[12]) (§ 1163 Abs. I. S. 2).

b) Uebersteigt die Forderung bezw. die Summe der festgestellten Forderungen den Höchstbetrag[13]), so steht dem Gläubiger das Recht zu, zu bestimmen, welche Forderungen bezw. welcher Teil derselben durch die Hypothek noch gedeckt sein sollen; und zwar steht ihm dieses Wahlrecht, abgesehen von besonderen Parteiverabredungen, solange zu, bis er für diese aus dem Grundstück befriedigt ist; trotz Klageerhebung und Einleitung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück kann er von der Verfolgung dieser Forderung absehen und eine andere herausgreifen[14]).

§ 8.

III. Haftung für die Forderungen mehrerer Gläubiger.

Nach einer Entscheidung des K. G. vom 17.VI.01 (R.O.L.G. 3,196) kann eine Höchsthypothek „auch gleichzeitig zur Sicherheit für die Forderungen verschiedener Gläubiger bestellt werden und zwar dergestalt, dass die Hypothek für die Forderungen des einen Gläubigers erst dann und nur dann haften soll, wenn und insoweit der eingetragene Höchstbetrag der Hypothek die (z. B. durch endgültige Abrechnung festgestellte) Forderung des anderen Gläubigers übersteigt". Denn; so argumentiert das K.G., dem Verlangen des § 1190, dass

[12]) In der 2. Kommission zum Entwurf des B.G.B. war der Antrag gestellt, dass die Hypothek in Höhe des Ueberschusses als erloschen gelten solle, es sei denn, dass der Eigentümer sich durch einen bei der Feststellung ins Grundbuch eingetragenen Vorbehalt die Hypothek für den Ueberschuss vorbehalten habe, was aber abgelehnt wurde; vergl. Prot. III. S. 692, 693.

[13]) Der Fall, dass die Summe der festgestellten Forderungen mit dem Höchstbetrag sich deckt, bietet hier ja keine Schwierigkeiten.

[14]) So Dernburg S. 671, Staudinger S. 523, Prot. III. S. 692; and. A. jedoch R.G. in J.W. 1885 S. 220.

der Höchstbetrag als Haftungsbegrenzung bestimmt werde, ist, wenn auch die Hypothek für die Forderungen mehrerer Gläubiger nacheinander haften soll, durch die Eintragung eines solchen Betrages genügt. Aus der Anwendung des § 1180 aber, wonach an Stelle der einen Forderung eine andere gesetzt werden kann, folgt, dass eine Sicherungshypothek derart geteilt werden kann, dass sie mit dem einen Teil für das ursprünglich zugrunde gelegte Schuldverhältnis haftet, während für den andern Teil ein neues Schuldverhältnis an die Stelle des alten gesetzt wird. Dieses zweite Schuldverhältnis und mit ihm dessen Gläubiger ist mit der Hypothek nur für den Fall und unter der Voraussetzung ihres gänzlichen oder teilweisen Freiwerdens verbunden. Ungewiss ist nur, welcher Betrag der Hypothek dem zweiten Gläubiger schliesslich zufallen wird, was von der Höhe der Forderung des an die erste Stelle gesetzten Gläubigers abhängt.

Diese Bestimmung der Haftung für einen zweiten Gläubiger kann sowohl bei der Bestellung der Hypothek als auch während des Bestehens derselben getroffen werden und ist auch, wenn die Eintragungsbewilligung vorliegt, eintragungsfähig. Der Zustimmung des eingetragenen Gläubigers im letzteren Fall, wie sie das K.G. a. a. O. nach § 185 Abs. I. B.G.B., wenn dieser auch von seinem Recht nichts einbüsst, für notwendig erachtet, bedarf es meines Erachtens durchaus nicht. Denn dieser ganze Akt stellt sich als nichts anderes dar, als eine Verfügung über die zukünftige Eigentümerhypothek, zu der, wie noch zu zeigen ist (vergl. § 12), der Eigentümer schon auf Grund des § 185 Abs. II. B.G.B. berechtigt ist[15]).

[15]) Ebenso wie das K.G.: Plank S. 623, Fuchs S. 619, Turnau-Förster I. S. 831 u. s. w.; hingegen macht Eccius, dem sich Biermann

§ 9.

IV. Unzulässigkeit der sofortigen Zwangsvollstreckungsklausel.

Die Eintragung eines Vermerks, wonach der Eigentümer in Ansehung der Hypothek sich und den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft (§§ 794 Nr. 5, 800 C.P.O.), ist nach der übereinstimmenden Judikatur und Litteratur unzulässig. Denn diese Klausel setzt nach dem Wortlaut des § 795 Nr. 5 l. c. „eine bestimmte Summe" voraus; der eingetragene Höchstbetrag aber gibt nur die Grenze der Schuld an, bis zu der das Grundstück haftet, macht aber die Schuld selbst nicht zu einer bestimmten, da jeden Augenblick neue Forderungen entstehen können, und die Höhe der Schuld erst mit dem Moment der Feststellung der Forderung bestimmt wird[16])[17]). Wohl ist hier aber zulässig, dass sich der

S. 419 anschliesst, in der D.J.Z. 02 S. 62 geltend, dass es hier an dem gesetzlichen Erfordernis eines bestimmten Berechtigten fehle; auch sei weder der eingetragene Eigentümer noch der Gläubiger zu einer solchen Verfügung berechtigt, sondern nur der, der zur Zeit der Erledigung des Hypothekenrechts Grundstückseigentümer sei. Gegen diese Bedenken ist aber einzuwenden, dass einmal der die Angabe eines Gläubigers fordernde § 1115 eine Mehrheit sei es gleich- oder nachberechtigter Gläubiger nicht ausschliesst, sodann dass der in zweiter Linie in Betracht kommende Gläubiger ganz genau bestimmt ist, zum mindesten nicht weniger genau als der Gläubiger einer bedingten Hypothek, oder einer solchen mit bedingter Forderung (§ 1113 Abs. II.); bezüglich der Verfügungsberechtigung gilt dasselbe, was bei der von dem K.G. geforderten Gläubigerzustimmung gesagt ist.

[16]) So R.I.A. 2_{102}, R.O.L.G. 3_{295} (bayr. Oberstes L.G. München 7.IX.01), 8_{132}, 9_{320} und weiter die einschlägigen Stellen der Kommentare.

[17]) Hiergegen erwärmt sich Kockerols a. a. O. für die Vollstreckbarkeitserklärung der Kredithypothek, da hierdurch nicht nur die Kosten einer späteren Klage vermieden, sondern auch die bekannten vexatorischen Einreden, die nur den Zweck haben, die Vollstreckung hinauszuschieben,

Schuldner bezüglich einzelner Forderungen, die dann aber bestimmt und damit auch entstanden sein müssen, der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft, auch wenn diese Einzelforderungen den Höchstbetrag erreichen[18]).

III. Abschnitt.

Die Höchsthypothek als Eigentümerhypothek.

Während, wie wir oben in der geschichtlichen Darstellung gesehen haben, die früheren Landesrechte gegenüber der Eigentümerhypothek eine im Vergleich zum jetzigen Recht grundverschiedene Stellung einnahmen, finden nach dem B.G.B. die Sätze über die Eigentümerhypothek anerkanntermassen[1]) vollständig auch auf die Höchsthypothek Anwendung, da dieselben hiervon weder durch § 1185 Abs. II., noch durch § 1190 selbst ausgeschlossen sind.

§ 10.

I. Der Fall des § 1163 Abs. I. Satz 1: Die Forderung ist nicht entstanden.

Wie schon erwähnt, ist die Entstehungsmöglichkeit einer Eigentümerhypothek nur dann gegeben, wenn durch

unmöglich gemacht würden; er bringt zu diesem Zwecke, ohne die Unzulässigkeit eines solchen Vermerks bei der Höchsthypothek zu bestreiten, eine besondere Gestaltung der Kredithypothek in Vorschlag, wonach dieselbe nicht auf einen Höchstbetrag, sondern auf einen festen auf Grund eines abstrakten Schuldanerkenntnisses geschuldeten Betrag lautet, der unbedingt zu zahlen ist; stellt sich eine kleinere Schuld heraus, so soll dem Schuldner die Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung zustehen.

[18]) So Walter in Zeitschrift für Notariat und für die freiw. Rpfl. der Gerichte in Bayern 05 S. 45.

[1]) Herold, der im Cbl. f. fr. G. IV. S. 299 eine Eigentümerhypothek hier überhaupt für unzulässig hielt, hat diese Ansicht an demselben Ort IV. S. 700 ff aufgegeben und hält nur noch die Unterscheidung des § 1163 Abs. I. für unanwendbar, wofür aber ein stichhaltiger Grund nicht einzusehen ist.

die in § 1190 Abs. I. vorbehaltene Feststellung dargetan ist, dass keine Forderung mehr zur Enstehung kommen kann.

1) In den meisten Fällen wird diese Feststellung in der oben bezeichneten Weise vor sich gehen und die Möglichkeit einer Eigentümerhypothekenentstehung gewähren. Nur dann, wenn der Gläubiger auch Zinsen zu beanspruchen hat, für die die Hypothek mithaftet, dürfte die blosse Berechnung und Feststellung der Höhe der entstandenen Ansprüche nicht genügen, da von der Feststellung selbst an noch Zinsforderungen für das festgestellte Guthaben entstehen können. Hier kann eine Eigentümerhypothek nicht schon von dem Moment der blossen Feststellung an entstehen, sondern erst dann, wenn der Schuldner nach der Abrechnung sowohl sämtliche festgestellte Hauptforderungen als auch alle möglichen entstehenden Zinsen dem Gläubiger bezahlt. Hier ist überhaupt erst mit diesem Moment die in § 1190 Abs. I. vorbehaltene Feststellung als geschehen zu erachten und somit auch die Entstehungsmöglichkeit einer Eigentümerhypothek gegeben[2])[3]).

2) Zur Entstehung gelangt selbstverständlich eine Eigentümerhypothek hier nur insoweit, als der Betrag der durch die Feststellung als wirklich und effektiv bestimmten Schuld, für die die Hypothek bestellt ist, hinter dem eingetragenen Höchstbetrag zurückbleibt, so wenn z. B. der Schuldner den ihm gewährten Kredit nicht ganz in Anspruch nimmt (darüber, dass die Schuld infolge Zahlung von irgend einer Seite hinter dem Höchstbetrag zurückbleibt s. unter II.). Tritt der Schuld des Schuldners

[2]) So R.G. $55_{,120}$.

[3]) Kretzschmar S. 414 geht hier noch weiter und will dies auch für unverzinsliche Hypotheken gelten lassen, da auch hier immer noch „gesetzliche", so hauptsächlich Verzugszinsen, die unter den Höchstbetrag fallen, entstehen können. Dem ist, soweit eine derartige Zinsenentstehung möglich ist, vollauf beizutreten.

eine solche aus dem gleichen Rechtsverhältnis stammende des Gläubigers gegenüber, so wird sich natürlich, wenn nichts anderes durch Parteivereinbarung bestimmt ist, erstere um den Betrag der letzteren vermindern; so vor allem bei Kontokurrentverhältnissen: Beträgt hier z. B. bei einem Höchstbetrag von 10000 Mark die Summe der Forderungen des Gläubigers gegen den Schuldner 12000 Mark, hat der Schuldner aber gegen den Gläubiger eine sich aus mehreren Posten zusammensetzende und schliesslich auf 4000 Mark belaufende Forderung, so ist ein Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner nur in Höhe von 8000 Mark als entstanden anzusehen; denn dieser Unterschied wird ja schon bei der Forderungs-Feststellung berücksichtigt und durch Aufrechnung ausgeglichen, sodass die hypothekengesicherte Forderung nur in Höhe von 8000 Mark aus der Feststellung hervorgeht[4])[5]).

3) Die Frage ist nun, wem der nicht ausgefüllte Teil als Eigentümerhypothek anfällt, demjenigen, der zur Zeit der Hypothekenbestellung Eigentümer des Grundstücks war, oder, wenn dieser es nicht mehr ist, dem, der es ist zur Zeit der Forderungsfeststellung. Die herrschende Meinung gibt hier mit vollem Recht der ersteren Alternative den Vorzug, dass also stets der die Hypothek zu eigen erwirbt, der Eigentümer war

[4]) So vergl. auch Fuchs S. 621.

[5]) Weiter ist nun von Kretzschmar S. 414 die Frage aufgeworfen worden, ob im Falle eines auffälligen Missverhältnisses zwischen dem Höchstbetrag und der thatsächlichen entstandenen Schuldsumme der Eigentümer nicht auf Grund des § 226 B.G.B. einen Verzicht des Gläubigers auf einen Teil der Hypothek gemäss § 1168 erzwingen könne. Dieses ist jedoch einmal schon deshalb unstatthaft, weil der Schuldner ja freiwillig (von Arresthypothek u. s. w. abgesehen) einen solchen Höchstbetrag bestellt hat, und weiter auch deshalb, weil es ja nicht möglich ist, die Zinsen, Kosten u. s. w., für die das Grundstück alle haftet, im Voraus zu berechnen, so dass immer noch Forderungen hinzukommen können.

zur Zeit der Hypothekenbestellung[6]). Denn abgesehen davon, dass schon die in beiden Sätzen (§ 1163 Abs. I. Satz 1 und 2) verschiedene Ausdrucksweise „die Hypothek steht dem Eigentümer zu“ und „der Eigentümer erwirbt die Hypothek“ hierfür einen Hinweis geben muss, wie *Jäckel* im Cbl. f. fr. G. IV. S. 279 ff anführt, „kann nach dem R.G. a. a. O. die gegenteilige Anschauung, die denjenigen Eigentümer ins Auge fasst, der es ist, wenn das Nichtentstandensein der Forderung festgestellt wird[7]), schon deshalb zu keinem befriedigenden Ergebnis führen, weil die Zeit der Feststellung immer etwas mehr oder weniger zufälliges ist; nicht die Zeit dieser Feststellung, sondern die festgestellte Tatsache selbst, dass nämlich die Forderung nicht zur Entstehung gelangt ist, muss entscheidend sein, und dies führt – die Feststellung mag früher oder später erfolgen – zunächst auf die Zeit der Begründung zurück, also auf denjenigen Eigentümer, der es war, als die Hypothek eingetragen wurde“ (vergl. *Jäckel* im Cbl. f. fr. G. IV. S. 282).

§ 11.

II. Der Fall des § 1163 Abs. I. Satz 2: Die Forderung ist erloschen.

Als hauptsächlichster Grund des Erlöschens kommt hier zunächst in Betracht:

A) Die Befriedigung des Gläubigers.

1) Befriedigt der persönlich haftende Grundstückseigentümer vor[8]) Feststellung der Forderung

[6]) So R.G. $55_{,120}$, weiter Plank S. 624, Turnau-Förster I. S. 838, Fuchs S. 621, Biermann S. 419, Jäckel Z. vg. S. 64, Müller und Meikel I. S. 920.

[7]) So Reinhard im „Recht“ 02 S. 32, Kretzschmar im Cbl. f. fr. G. IV. 296 ff, Cohn in seiner Diss. S. 23,24.

[8]) Eine Befriedigung nach derselben hat, da keine Forderungen mehr entstehen können, selbstverständlich die Entstehung einer Eigen-

den Gläubiger wegen irgend eines Teilbetrags der bis dahin entstandenen Forderungen, so erwirbt er hierdurch in Höhe des gezahlten Betrages keine direkte Eigentümerhypothek; und zwar ist es gleichgültig, ob die Summe der entstandenen Forderungen den Höchstbetrag bereits überstiegen und infolge der Zahlung bis zum Höchstbetrag oder unter denselben herabsinkt, oder ob der Forderungsbetrag noch gar nicht zum Höchstbetrag angewachsen, einfach verringert wird; in beiden Fällen erwirbt der zahlende Schuldner keine Eigentümerhypothek. Und mit vollem Recht; denn würde der Gläubiger mit jeder Zahlung des Schuldners einen Teil seiner Hypothek an den Eigentümer verlieren, so hätte letzterer es leicht in der Hand, sich durch allmähliche Zahlungen bis zum Höchstbetrag der hypothekarischen Haftung zu entziehen, und der Zweck der Höchsthypothek wäre nicht erreicht. Ihr Zweck aber ist, ein bestimmtes Rechtsverhältnis im Ganzen innerhalb einer bestimmten Zeit und bis zu einer bestimmten Höhe zu sichern. Sie ist für ungewisse und unbestimmte Ansprüche bestellt, deren schliesslich festzustellender Betrag möglicherweise auch den Höchstbetrag der Haftung des Grundstücks übersteigen kann. „Bis zum Höchstbetrag haftet das Grundstück für jeden Teil der Forderung und ein teilweises Erlöschen ist ohne Einfluss auf den Bestand der dinglichen Belastung; die Hypothek wird durch die Zahlung nicht zum Betrag des gezahlten Teils erledigt[9]), sondern besteht bis zum Höchstbetrag für den Rest der Forderung in gleicher Weise fort, wie wenn der erloschene Teil

---

tümerhypothek in Höhe des gezahlten Betrages zur Folge, die von dem Zahlenden oder einem Andern (so bei § 116 4) erworben wird.

[9]) Der Zahlende kann daher auch keine Löschung der Hypothek in Höhe des gezahlten Betrages verlangen; vergl. R.G. 10.I.02 im „Recht“ 02 S. 132.

der Forderung niemals bestanden hätte“[10]). Ja sogar die Begleichung sämtlicher bis zu einem Punkte entstandener Forderungen, und sollten diese auch den Höchstbetrag erreicht oder überschritten haben, ruft kein anderes Ergebnis hervor; denn es ist, solange die Forderungsfeststellung noch aussteht, bezw. das Ende des Rechtsverhältnisses noch nicht gekommen ist, immer noch möglich, dass die Schuld bis zum Geschäftsabschluss sich wieder steigert und schliesslich den Höchstbetrag doch wieder erreicht. Erst die vorbehaltene Feststellung setzt hier ein Ziel und nur insoweit als der festgestellte Betrag den Höchstbetrag infolge dieser Zahlungen nicht erreicht, geht die Hypothek zu diesem Teilbetrag auf den tilgenden Eigentümer als Eigentümerhypothek bezw. -Grundschuld über.

Der Eigentümer erlangt daher durch seine Zahlungen wenn auch keine direkte Eigentümerhypothek, so doch immerhin ein Recht auf die möglicherweise durch seine Zahlungen in der Zukunft entstehende Eigentümerhypothek, für die jetzt schon die erste Grundlage gelegt ist, und die nur noch des Eintritts der Bedingung harrt, dass keine weiteren Forderungen mehr entstehen. Kommt diese Eigentümerhypothek durch den Eintritt genannter Bedingung zustande, so gilt sie aber als nicht erst mit dem Moment der Feststellung entstanden, sondern datiert schon von dem Augenblick der Zahlung an[11])[12]). Hat so z. B.

---

[10]) So Prot. III. S. 690.

[11]) Desgleichen R.G. 51_{117}, 56_{125}, R.O.L.G. 3_{198}, Oberneck S. 957, Turnau-Förster I. S. 837, Plank S. 624, Hachenburg S. 598, Dernburg S. 672, Staudinger S. 525 u. s. w.

[12]) In Anlehnung an die Prot. III. S. 691 versuchen hier die meisten der genannten Kommentare einen thatsächlich unzulässigen Unterschied zu machen zwischen der Hypothek die „für alle Forderungen aus

bei einem Höchstbetrag von 10000 Mark und einem gleichen Forderungsbestand der Schuldner 3000 Mark erlegt, so ist die Möglichkeit der Entstehung einer Eigentümerhypothek in dieser Höhe nur dann gegeben, wenn keine Forderungen mehr hinzukommen, wenn der Rest von 7000 Mark nicht mehr vermehrt wird. Ist letzteres der Fall, so ist aber die Eigentümerhypothek schon mit dem Moment der Zahlung entstanden.

Dasselbe muss gelten von den beiden Fällen des § 1164 Abs. I. Satz 1; befriedigt also der persönliche Schuldner, der nicht Eigentümer ist, den Gläubiger, so erlangt der Grundstückseigentümer weder eine Eigentümerhypothek, noch der persönliche zum Rückgriff berechtigte Schuldner eine Hypothek, sondern beiden steht nur ein wie oben bezeichnetes bedingtes Recht darauf zu.

2) Anders gestaltet sich die Sache, wenn:

a) „auf das Schlussguthaben" geleistet wird, d. h. wenn die „Anrechnung der Zahlung auf den

einem bestimmten Rechtsverhältnis bestellt ist", und der sozusagen „gewöhnlichen" Höchsthypothek, indem sie sagen, dass bei ersterer „die Entscheidung über die Entstehung einer Eigentümerhypothek solange in der Schwebe bleibe, bis nach Beendigung des Rechtsverhältnisses feststehe, ob die Forderungen den Höchstbetrag erreichen oder nicht", während sie bei der letzteren den Schuldner eine Eigentümerhypothek nur insoweit erwerben lassen wollen, „als der Rest der Forderung den Höchstbetrag nicht erreicht". Besagen nun diese beiden Wendungen jedoch etwas verschiedenes? Hier wie dort gibt für das Entstehen und den Erwerb einer Eigentümerhypothek doch nur der Umstand den Ausschlag, dass der Betrag, um den der nunmehrige Betrag der Forderung unter den Höchstbetrag herabgesunken ist, nicht wieder durch neue Forderungen, deren Entstehen jederzeit bis zur Feststellung möglich ist, ausgefüllt wird. Aus denselben Gründen kann auch der Meinung von Fuchs S. 622 nicht beigepflichtet werden, dass bei einer Höchsthypothek, bei der die „Annahme, dass die Hypothek nur für das Schlussguthaben (nicht für die einzelnen Ansprüche) habe bestellt werden sollen, nach Lage des Falles ausgeschlossen" ist, der Erwerb der Eigentümerhypothek sich nach den allgemeinen Grundsätzen vollziehe.

Höchstbetrag vereinbart“ wird, sei es zum Zwecke der Aufhebung der Hypothek in Höhe des geleisteten Betrags nach § 1183, sei es zum Erwerb derselben entweder als Eigentümerhypothek [so von Seiten des persönlich (§ 1163 Abs. I. S. 2) oder des nicht persönlich haftenden Eigentümers (§ 1143 Abs. I.) oder des letzteren, wenn der persönlich haftende Schuldner ohne Rückgriffsrecht zahlt (§ 1164 Abs. I.)], oder als gewöhnliche Hypothek [so von Seiten des ablösungsberechtigten (§ 1150), oder des persönlich haftenden mit einem Rückgriffsrecht ausgestatteten Schuldners (§ 1164 Abs. I.)].

In allen diesen Fällen vollzieht sich ein „unbedingter“ Untergang, bezw. Erwerb, der gerade so zu beurteilen ist, wie die Uebertragung eines Teils der Hypothek durch Einigung und Eintragung, und in jedem Fall wird der Höchstbetrag um den betreffenden Teilbetrag verringert.

Bezüglich des nicht persönlich haftenden Eigentümers (§ 1143) und des ablösungsberechtigten Dritten (§ 1150) geht die herrschende Meinung[13]) noch weiter und spricht in Anlehnung an die Prot. III. S. 691 der von diesen Personen ausgehenden Befriedigung sogar stets, auch ohne eine diesbezügliche Parteivereinbarung, dieselbe Wirkung zu, als sei auf das Schlussguthaben geleistet; allein weder die Prot. noch die Vertreter dieser Ansicht geben hierfür einen Grund an, und es ist tatsächlich auch keiner zu finden. Denn ebenso wie die allerdings in Wirklichkeit kaum vorkommende Möglichkeit besteht, dass der Gläubiger mit dem persönlich haftenden Eigentümer bezüglich einer Zahlung aus irgend einem Grunde eine solche Wirkung vereinbart,

[13]) So Plank S. 626, Oberneck S. 959, Turnau-Förster I. S. 837.

ist es auch denkbar, dass die besprochenen Personen einmal nicht auf das Schlussguthaben leisten, wenn sie dies auch in der Praxis kaum tun werden, weshalb sich auch die herrschende Meinung zu dieser Aufstellung wohl bestimmt gefühlt haben mag[14]).

b) Eine den Höchstbetrag gleichfalls verringernde Wirkung hat die Befriedigung des Gläubigers „aus dem Grundstück" im Sinne des § 1113 Abs. I.; denn da die Befriedigung hieraus als den Zweck und Gegenstand der Hypothek bildend bis zum Höchstbetrage nur einmal verlangt werden kann, so muss die Hypothek nach § 1181 zu dem gezahlten Betrag erlöschen.

Eine Befriedigung aus dem Grundstück aber oder aus den Gegenständen, auf die sich die Hypothek miterstreckt, erfolgt nach ausdrücklicher Bestimmung des § 1147 nur „im Wege der Zwangsvollstreckung"; wird ohne diese gezahlt, sei es auch mit durch den Verkauf des belasteten Grundstücks oder der mitverhafteten Gegenstände erlangtem Geld, so kann von einer Befriedigung aus dem Grundstück nicht geredet werden. Wohl aber kann sie auch durch Pfändung zufolge § 865 Abs. II. C.P.O. bewerkstelligt werden[15]).

Nur bei der Gesamtbelastung kann vermöge einer etwaigen Ersatzberechtigung des Eigentümers, aus dessen Grundstück die Teilbefriedigung erfolgte, gegen den jetzigen oder früheren Eigentümer des mitverhafteten Grundstücks der Uebergang der Teilhypothek an dem mitverhafteten Grundstück auf ihn eintreten (§ 1182) und zwar unabhängig davon, ob der Rest der Forderung den Rest des Betrages der Hypothek erreicht oder übersteigt[16]).

---

[14]) Vergl. hierüber auch Fuchs S. 622, der ebenfalls dieser Ansicht entgegentritt.

[15]) So R.G. 56_{323}.

[16]) So auch Oberneck S. 959, Staudinger S. 526.

B) Die übrigen Erlöschungsgründe

regeln sich durchschnittlich nach dem oben gesagten; erlischt also eine Teilforderung durch confusio oder durch Verzicht des Gläubigers, so findet A) 1) Anwendung; beim Verzicht dürfte jedoch auch A) 2) a) Anwendung finden, falls der Gläubiger etwa derartiges beabsichtigen würde.

C) Soweit in den obengenannten Fällen eine bedingte oder wirkliche Eigentümerhypothek entsteht, wird dieselbe, wenn nicht wie in § 1164 Abs. I. das Gesetz etwas anderes bestimmt, von dem zahlenden Schuldner, bezw. von dem Grundstückseigentümer, der es zur Zeit des Erlöschens der Forderung ist, erworben.

Weiter kommt in allen Fällen des wirklichen Erwerbs einer Eigentümerhypothek die Vorschrift des § 1176 in Betracht, wonach der Gläubiger durch das Entstehen der Eigentümerhypothek u. s. w. in keiner Weise in Nachteil kommen darf.

§ 12.

III. Pfändung der zukünftigen Eigentümerhypothek.[17])

Das oben besprochene, von dem schuldnerischen Eigentümer durch Zahlung erlangte bedingte Recht auf eine Eigentümerhypothek ist wie jedes bedingte und betagte Recht, das zum Vermögen des Schuldners gehört, der Zwangsvollstreckung unterworfen[18]) (das gleiche

[17]) Diese soll hier nur deshalb Behandlung finden, weil sie, wenn auch bei jeder andern Hypothek möglich, hier aber am meisten vorkommt.

[18]) Dieses wird fast allgemein angenommen; das K.G., das in seiner Entscheidung vom 12.IV.02 die Behauptung aufgestellt hatte, dass die Pfändung überhaupt nicht zulässig sei, bevor der Betrag der Eigentümerhypothek genau feststehe, scheint hiervon wenigstens nach seiner Entscheidung vom 16.I.05 (s. unten) abgegangen zu sein. Dagegen äussert Biermann S. 418 gegen die Pfändung Bedenken, da dieselbe nicht, wie notwendig ins Grundbuch eingetragen werden könne; hievon später.

gilt selbstverständlich auch von dem Recht auf eine Eigentümerhypothek, das dem Schuldner von vornherein auch ohne Zahlung, nämlich gemäss § 1163 Abs. I. S. 1., zusteht).

Denn einerseits ist eine Verfügung über eine künftige Eigentümerhypothek nicht deswegen von vornherein ausgeschlossen, weil die Hypothek dem Eigentümer noch nicht zusteht, sondern das B.G.B. kann, da es im § 185 Abs. II. die Verfügung des Nichtberechtigten wirksam werden lässt, wenn der Verfügende den Gegenstand der Verfügung erwirbt, doch auch der Verfügung des künftig Berechtigten die Wirksamkeit für die Zeit, zu der der Verfügende den Gegenstand der Verfügung erlangt, nicht grundsätzlich versagen[19]).

Andererseits stellt sich dieses Recht nicht als eine blosse Hoffnung auf einen künftig möglichen Erwerb dar, sondern als ein wirkliches Recht, und zwar Eigentümerhypothekenrecht, denn „der Eigentümer steht", um mit dem bayr. Obersten L.G. in der erwähnten Entscheidung zu reden, „da die Hypothek von vornherein die Bestimmung hat, Eigentümerhypothek zu werden, als zweiter Berechtigter hinter dem Gläubiger", und sein Recht hängt nur davon ab, wie weit der Gläubiger das seinige verfolgt, hier: wie weit die Forderung durch Nichtentstehen oder Wiedererlöschen hinter dem Höchstbetrag zurückbleibt[20])[21]).

[19]) So R.G. $51_{,116}$, $55_{,334}$, $56_{,14}$, bayr. Oberstes Landesgericht vom 23.VI.05 in Ztschr. f. Rpfl. i. B. 05 S. 350.

[20]) In demselben Sinn auch Oberneck S. 925, Hachenburg S. 522, Boehm S. 239, Endemann II. S. 456, „Recht" 05 S. 69 Nr. 26, O.L.G. Jena 4.I.05 im „Recht" 05 S. 134 Nr. 579 u. s. w.

[21]) Damit ist auch zugleich das Urteil gefällt über die Ansicht, dass dieses Recht auf die zukünftige Eigentümerhypothek bloss ein obligatorisches und nicht auch ein dingliches Recht sei, und dass demnach eine Verfügung darüber vorerst nur obligatorische Wirkung haben

Durch diese Pfändung erlangt der Gläubiger das Pfandrecht an der eventuellen Höchstbetragseigentümerhypothek und an dem, was bei der Zwangsvollstreckung u. s. w. darauf entfällt. Der schuldnerische Eigentümer wird aber dadurch durchaus nicht gehindert, den ihm bewilligten Kredit weiter auszunützen und so das Entstehen einer Eigentümerhypothek gegebenenfalls unmöglich zu machen. Denn da der Feststellungsvorbehalt zum gesetzlichen Begriff der Höchsthypothek gehört, hat der eingetragene Gläubiger ein Recht darauf, dass diese „Feststellung nach Massgabe des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses erfolge und nicht im Widerspruch

und erst mit dem Ausfall der Forderung dinglich gesichert werden könne; so besonders K.G. vom 16.I.05, L.G. München I. vom 23.V.05 (vergl. D.J.Z. 05 S. 460 und Zschr. f. Rpfl. i. B. 05 S. 287), weiter auch Plank S. 587. Denn wie sowohl Landrichter Du Chesne in D.J.Z. 05 S. 803 im Anschluss an Jäckel im Cbl. f. fr. G. IV. S. 279 ff als auch das bayr. oberste L.G. vom 23.VI.05 (Ztschr. f. Rpfl. i. B. 05 S. 350) ausführt — auch das R.G. vom 18. Oktober 1905 in Ztschr. f. Rpfl. i. B. 05 S. 490 stimmt allerdings ohne Angabe von Gründen im Ergebnisse hier zu — ist ein obligatorischer „Anspruch" auf den Erwerb der Hypothek, wie ihn genannte Entscheidungen konstruieren wollen, absolut nicht gegeben. Denn bei jedem solchen Anspruch, selbst bei „einer obligatio ex lege besteht der eigentliche „Anspruch" darin, dass der eine Rechtsträger von dem andern eine Leistung verlangen will, und dass das Gesetz, so bei der obligatio ex lege, diesem Willen bindende Kraft verleiht". „Hier aber tritt lediglich auf der Voraussetzung der §§ 1163 Abs. I., 1168, 1170, 1171, d. h. wenn der Schuldner zahlt u. s. w., der Uebergang der Hypothek kraft Gesetzes ein, und er hängt weder von einer Mitwirkung des Gläubigers oder eines 3. ab, noch ist ein Forderungsrecht auf eine solche Mitwirkung möglich". Auch der Umstand, dass der gegenwärtige Eigentümer die Hypothek vielleicht nicht erwirbt, wenn er zu der Zeit, zu der sie Eigentümerhypothek wird, nicht mehr der Eigentümer ist (so vergl. Eccius in Gruchot 48 S. 438), steht dieser Ansicht nicht entgegen; denn in diesem Falle erweist sich die Pfändung nur als gegenstandslos, während sie, solange er Eigentümer ist, vollständig wirksam ist (oberstes L.G. a. a. O.); die Veräusserung des Grundstücks aber ist dem Eigentümer jederzeit gestattet, und wenn der Pfandgläubiger sich hiervor schützen will, kann er ja durch Vertrag mit dem Eigentümer diese Befugnis einschränken.

mit diesem, sei es durch den Eigentümer, sei es durch einen Dritten, verhindert oder unterbrochen werde. Ferner ist die Krediteinräumung einerseits regelmässig höchst persönlicher Natur und kann daher nicht ohne Zustimmung des Gläubigers auf einen andern übertragen werden; andererseits steht sie auch in unzertrennbarem Zusammenhang mit dem Abschluss von Rechtsgeschäften, für die der Kredit gewährt werden soll, sodass deshalb die Pfändung des Kreditrechtes nicht gedacht werden kann ohne Pfändung des Rechtes des Schuldners, solche Rechtsgeschäfte abzuschliessen; dieses Recht ist ein Ausfluss der Geschäftsfähigkeit des Schuldners, die auf andere weder übertragen noch sonst zu Geld gemacht, also auch nicht gepfändet werden kann“[22]).

Dieses Ausfüllungsrecht des Schuldners steht auch an sich der Pfändung nicht entgegen; denn einmal pfändet ja der Pfandgläubiger nur ein bedingtes Recht, und sodann ist ja immer die Mitwirkung des Kreditgebers zur Ausfüllung der Hypothek erforderlich (so R.O.L.G. 3_{193}); wohl aber wird dem schuldnerischen Eigentümer durch die Pfändung die Befugnis genommen, über seine Eigentümerhypothek selbstständig unter Verletzung der Rechte des Pfandgläubigers zu verfügen[23]).

Was nun die Form der hiernach zulässigen Pfändung anlangt, so taucht hier die vielumstrittene Frage auf, ob dieselbe neben dem Pfändungs- und Ueberweisungsbeschluss noch nach § 857 Abs. VI. C.P.O. der Eintragung

[22]) So R.G. 51_{115}; zustimmend im Ergebnis auch Seuffert C.P.O. II. S. 539.

[23]) Denn sonst kann der Eigentümer unter denselben Voraussetzungen und mit denselben Wirkungen wie bei der Pfändung über dieses Recht verfügen, so abtreten, verpfänden u. s. w.; die Verfügung geschieht immer nur mit der Bedingung, dass die Eigentümerhypothek wirklich entsteht; vergl. hierher auch II. Abschnitt unter III.

bedarf, oder ob nach § 857 Abs. II. l. c. die blosse Zustellung des Ueberweisungsbeschlusses an den Eigentümer genügt.

Die Entscheidung hierüber steht und fällt mit der Beantwortung der Frage, ob die Eigentümerhypothek an sich als wirkliche Grundschuld, wie sie § 857 Abs. VI. C.P.O. nennt, anzusehen ist, oder nicht.

Das R.G. in mehreren Entscheidungen, so besonders in $55_{,378}$ und mit ihm die meisten Kommentare[24]) halten sie für eine Grundschuld und zwar einmal auf Grund des § 1196 Abs. I. B.G.B. und weiter auf Grund des Umstandes, dass von der 2. Kommission der Lesung des Entwurfs eines B.G.B. die in der ersten Fassung des § 857 Abs. VI. C.P.O. besondere Erwähnung der Eigentümergrundschuld als selbstverständlich unter den Begriff der Grundschuld fallend weggelassen worden sei.

Was zunächst den letzteren Schluss des R.G. anlangt, so basiert, wie *Oberneck* S. 657 zutreffend ausführt, dieser nur auf einer „Vermutung", da, wie das R.G. selbst sagt, ein anderer Grund für die Abänderung sich aus den hierüber veröffentlichten Materialien nicht ersehen lasse; diese Vermutung gestattet aber ebensogut den entgegengesetzten Schluss, dass die Kommission die Eigentümerhypothek nicht unter die Grundschuld gerechnet haben wollte, besonders angesichts folgender nicht nur von einzelnen sehr namhaften Autoren wie *Oberneck* S. 649 ff, *Gaupp-Stein* C.P.O. II. S. 639, 640 u. s. w. jetzt vertretenen, sondern auch im bisherigen Recht herrschend gewesenen[25]) Anschauung über die Natur der Eigentümerhypothek:

Gemäss § 1113 B.G.B. ist „aus dem Grundstück" zu zahlen; „aus dem Grundstück aber kann nur gezahlt

[24]) Vergl. das oberste L.G. a. a. O. in Ztschr. f. Rpfl. i. B. 05 S. 351.
[25]) Vergl. Fuchs, Vormerk. 3 zu § 1163 B.G.B.

werden, soweit es als Wertstück in Betracht kommt", soweit es einen wirklichen wirtschaftlich- (nationalökonomischen) Wert hat, und soweit „dieser Wert durch Zwangsverkauf in einer Geldsumme sich realisiert"[26]).

Wie der Dienstbarkeit (z. B. Niessbrauch) als Nutzungsobjekt, so wird hier das Grundstück „der Hypothek als Wertobjekt unterworfen", d. h. der ideelle Wert, den das Grundstück hat, wird in gewisser Beziehung verselbständigt und dem Gläubiger in der Hypothek zur Verfügung gestellt und zwar, was stets zu beachten ist, als Sicherung für eine Schuld. Diesen zur Verfügung gestellten Wertsteil des Grundstücks aber scheidet der Eigentümer nicht aus seinem Vermögen aus, er gibt ihn nicht hin, um sich seiner zu entledigen, sondern er bindet ihn nur zu einem ganz bestimmten Zweck, zur Sicherung für die Schuld[27]). Ist dieses aber der Fall, so ist es auch weiter nur eine Forderung der Gerechtigkeit und Billigkeit, dass dieser zu dem bestimmten Zweck zur Verfügung gestellte Wertsteil, wenn dieser Zweck nicht erreicht wird, nämlich überhaupt keine Forderungen entstehen oder entstandene erlöschen (§ 1163 Abs. I. B.G.B.), in derselben Weise, wie er dem Eigentümer früher zustand und von dem Vermögen desselben genommen wurde, wieder in dasselbe zurückfällt, womit eine Eigentümerhypothek bezw. -Grundschuld gegeben ist. (So vergl. *Oberneck* S. 847). Was hier so zurückfällt an den Eigentümer, ist daher keine Hypothek oder Grundschuld, in die der Eigentümer als Nachfolger

[26]) Ueber die Einwendungen, die gegen diese „Werttheorie" gemacht worden sind, und über ihre Widerlegung vergl. Oberneck S. 649, 650.

[27]) Vergl. das analoge Beispiel bei Oberneck S. 651, wo ein Gesellschafter bei der offenen Handelsgesellschaft, die keine juristische Person ist, einen Teil seines Vermögens zu dem Gesellschaftszweck hingibt, ohne ihn selbst ganz aus seinem eigenen Vermögen auszuscheiden.

des Gläubigers sukzediert[28]), „kein eingetragenes Recht an einer fremden Sache“[29]), sondern nur der Wertteil des Grundstückes, das Grundeigentumsrecht, das der Eigentümer schon vorher besessen, und das eigentlich gar nicht aus seinem Vermögen hinausgekommen ist, es ist mit anderen Worten nur eine „Denkform für das Recht des Eigentümers“[30]) gewesen und geblieben. Wenn nun § 1196 Abs. I. B.G.B. dem Eigentümer gestattet, eine Eigentümergrundschuld auch für sich selbst zu bestellen, so ist das demnach nichts anderes, als eine Verselbstständigung und Hingebung des genannten Grundstückswertes, nicht für eine Schuld und Forderung (wie bei der Hypothek), auch nicht ohne eine solche nur zu Gunsten einer in der Eintragung bezeichneten 3. Person (wie bei der Grundschuld des § 1191 B.G.B.; vergl. die Definition der Grundschuld bei *Oberneck* S. 1007), sondern abstrakt für den Eigentümer des Grundstücks selbst, um „dritte von der Berechtigung an der eigenen Sache auszuschliessen bezw. zurückzudrängen“[30]).

Dieses demgemäss charakterisierte Recht wird nun, wenn es auch wie gesagt keine Hypothek oder Grundschuld im eigentlichen Sinn ist, doch „formellrechtlich und grundbuchmässig wie eine Hypothek bezw. Grundschuld behandelt, so dass die Form der Verfügung, insbesondere der Abtretung und Verpfändung derjenigen der Gläubigerhypothek und Gläubigergrundschuld entspricht“[31]); allein diese Regel gilt hier, wie *Oberneck* S. 657 Nr. 3 sehr richtig ausführt, nur solange, als

---

[28]) So vergl. bes. Fuchs, Vorbem. 6 zu § 1163 S. 522 u. andere.

[29]) So Gaupp-Stein II. n. II. 6 zu § 857 S. 640.

[30]) So Gaupp-Stein a. a. O.

[31]) So Oberneck S. 652; über die Gleichbehandlung vergl. auch Fuchs S. 526 Anm. 4 b zu § 1163.

das Gesetz nicht besondere Vorschriften enthält, und dieses ist hier der Fall in § 857 Abs. II. C.P.O. Der Grund dieser Vorschriften ist unzweifelhaft der, dass hier im Gegensatz zu der gewöhnlichen Hypothek und Grundschuld ein Drittschuldner nicht vorhanden ist[32]). Denn der Gläubiger, dessen Anspruch gegen den Schuldner von dem Pfändungspfandgläubiger gepfändet wird, ist infolge der dargelegten Natur der Eigentümerhypothek als Recht an der eigenen Sache identisch mit dem Schuldner; „ein Recht ohne Schuldner“[33]) aber, ein Recht gegen sich selbst ist hier nur gedacht, als Fiktion, nicht aber reell möglich. Die Pfändung der Eigentümerhypothek kann daher auf Grund dieser Ausnahmevorschrift nur nach § 857 Abs. II. und nicht nach § 857 Abs. VI. C.P.O. bewerkstelligt und daher auch nicht eingetragen werden[34]).

Wenn bisher stets von der Pfändung der Eigentümer-

---

[32]) So auch ausser Oberneck und Gaupp-Stein a. a. O. Struckmann-Koch II. n. 6 zu § 830, Petersen-Anger II. n. 1 zu § 830 u. n. 5 e zu § 857, R.O.L.G. $4_{,74}$, u. O.L.G. Dresden vom 2. Dezember 1903 in Seuffert's Archiv 59 Nr. 68 S. 120.

[33]) Wie sie Gaupp-Stein a. a. O. nennt.

[34]) Betreff der übereinstimmenden Litteratur und Judikatur vergl. auch Oberneck S. 658 Anm. 16.

Mit dieser Annahme schwinden auch, wie Oberneck und Gaupp-Stein a. a. O. ausführen, alle selbst vom R.G. $55_{,378}$ zugegebenen Schwierigkeiten in der praktischen Durchführung der Pfändung der Eigentümerhypothek, die sich ergeben, wenn man eine Eintragung verlangt. Denn mag sich die entgegenstehende Vorschrift des § 40 G.B.O., dass es an einem eingetragenen Berechtigten fehle, dadurch, dass man den eingetragenen Eigentümer als den von vornherein eventuellen Berechtigten ansieht, und damit auch die sonst nötige Pfändung und Ueberweisung des Berichtigungsanspruchs umgehen lassen, so wird man doch unbedingt der Notwendigkeit Raum geben müssen, dass vor der Eintragung der Pfändung bezw. Berichtigung des Grundbuchs seitens des Gläubigers der bestimmte urkundliche Nachweis dafür gebracht werden muss, dass

hypothek bezw. -Grundschuld an sich gesprochen wurde, so kann es doch keinem Zweifel unterliegen, dass besagte Regeln über die Pfändung der bestehenden Eigentümerhypothek auch vollauf Anwendung finden müssen auf die Pfändung des dem Eigentümer nur bedingt zustehenden Eigentümerhypothekenrechts; denn was für ein unbedingt bestehendes Recht gilt, muss doch auch folgerichtig für ein bedingtes Recht gelten, sodass das Resultat der gepflogenen Betrachtungen ist: Die Pfändung des dem Eigentümer bedingt zustehenden Rechts auf eine Eigentümerhypothek kann nur nach § 857 Abs. II. C.P.O erfolgen, und eine etwaige Eintragung in dieser Richtung ist unzulässig[35]). Ohne weiteren Nachweis einer Entstehung oder eines Erloschenseins einer Forderung genügt daher die wirksame Vollziehung der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Eigentümer, wodurch demselben geboten wird, sich sowohl jetzt, wo sein Recht noch unbestimmt und bedingt ist, als auch nach definitivem Anfall der Eigentümerhypothek sich jeder Verfügung über dieselbe zu enthalten, bezw. bei gegebener Zwangsvollstreckung den auf ihn etwa entfallenden Erlös nicht einzuziehen (§ 829 ff C.P.O.).

---

und in welcher Höhe die Forderung nicht oder nicht mehr besteht, und die Hypothek dadurch nicht mehr dem Gläubiger, sondern dem Eigentümer zugehört. Allein abgesehen davon, dass es dem Gläubiger oft nicht möglich sein dürfte, seine Ansprüche sofort und genau zu bestimmen, wäre dadurch eine Pfändung der bedingten Eigentümerhypothek, wie sie hier bei der Höchsthypothek vorliegt, überhaupt unmöglich, da ja das dem Eigentümer zustehende Recht während der Dauer des Rechtsverhältnisses in keiner Weise bestimmt ist (das K.G. hat auch folgerichtig am 12.IV.02 in diesem Sinne entschieden, vergl. oben n. 18).

[35]) Das R.G., das in B. 55 S. 378 die Pfändbarkeit der entstandenen Eigentümerhypothek bejaht und für eintragungsfähig erklärt hat, kommt hier bezüglich der Eintragung in seiner neuesten Entscheidung vom 18.X.05 (Ztschr. f. Rpfl. i. B. 05 S. 490) aus anderen Gründen zu demselben Ergebnis.

IV. Abschnitt.

Uebertragung der Forderung bezw. Hypothek.

Bezüglich des Uebergangs des Grundstücks in andere Hände sowie der Schuldnahme nach § 416 B.G.B. gilt das oben § 5 Ziff. 3 gesagte. Eine einzige Sondervorschrift bezüglich des Uebergangs durch Vermächtnis enthält der § 2166 Abs. III., wonach die Vorschrift, dass der Vermächtnisnehmer, dem ein Nachlassgrundstück vermacht ist, im Zweifel dem Erben gegenüber zur rechtzeitigen Befriedigung des Gläubigers einer auf diesem Grundstück lastenden Hypothek verpflichtet ist, wenn der Erblasser der persönliche Schuldner der gesicherten Forderung, oder zu deren Berichtigung dem Schuldner gegenüber verpflichtet war, hier keine Anwendung findet.

Was nun die Uebertragung der Hypothek anlangt, so ist zu unterscheiden:

§ 13.

I. Uebertragung der Forderung mit der Hypothek nach den Vorschriften der §§ 1153, 1154 B.G.B.

1) Dass eine solche Uebertragung der Forderung oder eines Teils derselben vor (vergl. R.O.L.G. $4_{,321}$) oder nach der ziffermässigen Feststellung möglich ist, darüber besteht nirgends ein Zweifel; denn einmal sind diese §§ durch § 1185 Abs. II. nicht ausgeschlossen, und weiter sagt § 1190 Abs. IV. selbst, dass die Forderungsübertragung in der angegebenen Weise geschehen kann, aber nicht muss[1]). Soll die Forderung nach diesen Vorschriften übertragen werden, so bedarf es, da auf

[1]) Die einzig dastehende Behauptung von Wöhler, der in seiner Diss. S. 16 den §§ 1153, 1154 überhaupt keine Anwendung gestatten will, dürfte absolut nicht das Resultat reiflicher Ueberlegung sein.

Grund des § 1185 Abs. I. die Sicherungshypothek einen Brief nicht kennt, nach § 1154 Abs. III. bezw. § 873 B.G.B. der Einigung und Eintragung ins Grundbuch; und zwar muss, da § 1154 Abs. III. die Anwendung des § 873 auf die Forderung vorschreibt, der Betrag der abzutretenden Forderung nach Möglichkeit im Grundbuch angegeben werden, sodass die Eintragung lauten dürfte: „Aus dem Kreditverhältnis des X mit Y wird eine Forderung in Höhe von 3000 Mk. an Z abgetreten"; der Erwähnung der Hypothek bedarf es nicht, da diese nach § 1153 hier selbst mitübergeht; allein im Interesse der Deutlichkeit wäre sie stets nur erwünscht.

Eine derartige Uebertragung der Forderung – bezw. eine Ueberweisung im Zwangswege, denn diese steht hier der Uebertragung gleich (vergl. § 15 unter 2) – hat nach § 1153 Abs. II., Halbsatz 1 zur Folge, dass der der zedierten Forderung entsprechende Hypothekenteil mit der Forderung auf den neuen Gläubiger übergeht[2]), womit das auf den Höchstbetrag lautende Hypothekenrecht sich um diesen abgetretenen Teil vermindert. Für die nicht zedierten und nach der Zession entstehenden Forderungen haftet die alte Hypothek mit dem verminderten Höchstbetrag - denn Höchstbetragshypothek bleibt die alte Hypothek selbstverständlich immer noch – bis zu dessen Höhe fort; für die letztgenannten Forderungen, die diesen überschreiten, hat der alte Gläubiger keinen Schutz mehr. Wenn daher bei einem Höchstbetrag von 10000 Mark eine Forderung von 3000 Mark mit dem entsprechenden Hypothekenrecht zediert wird, nachher aber Forderungen von 9000 Mark noch entstehen, so entbehrt der alte Gläubiger bei dem nun-

[2]) Selbstverständlich behält hier der Schuldner auch sämtliche Einreden, die er gegen den alten Gläubiger hatte, auch gegen den neuen Gläubiger.

mehrigen Höchstbetrag von 7000 Mark für die Forderung von 2000 Mark der Hypothekensicherung.

Bezüglich des Schicksals der mitübergegangenen Hypothek steht fest, dass der neue Gläubiger die Hypothek nur als Höchsthypothek erwerben kann und nicht, wie *Plank* S. 624 meint, als gewöhnliche Sicherungshypothek. Denn einmal ist mit der Abtretung keine Umwandlung verbunden, und weiter kann der alte Gläubiger auch nicht eine Hypothek, bei der die Feststellung der Forderung vorbehalten ist, als eine bestimmte übertragen, da er nicht mehr Recht hergeben kann, als er wirklich hat[3]).

Im Einzelnen bestimmt sich das Wesen dieser abgetretenen Hypothek ganz nach dem Schicksal der zedierten Forderung: Wird die Forderung nach der Feststellung abgetreten, so erwirbt der Zessionar einfach eine Höchsthypothek mit festgestelltem Forderungsbetrag; wird hingegen vor[4]) derselben eine entstandene Forderung oder ein Teil derselben abgetreten, so ist, da diese Forderung durch ihren Bestand auch bestimmt ist, in dieser Abtretung auch zugleich eine Feststellung für den abgetretenen Betrag enthalten, und der neue Gläubiger erwirbt ebenfalls eine Höchsthypothek mit festgestelltem Betrag. Im Gegensatz hierzu ist es auch möglich, dass der alte Gläubiger Ansprüche in nicht festgestellter Höhe, so einen Teil des Rechtsverhältnisses selbst, mit der Hypothek nach diesen Vorschriften überträgt, damit z. B. auch der Zessionar dem Schuldner Kredit gewähre; hier kann mit

[3]) So auch R.J.A. 3,90, R.O.L.G. 4,321, Biermann S. 418, Oberneck S. 961, Turnau-Förster I. S. 836, Fuchs S. 625.

[4]) Dass eine Abtretung vor Feststellung nicht möglich sei, dafür gibt das Gesetz nirgends einen Anhaltspunkt, so auch Fischer und Henle zu § 1190.

der Zession keine Feststellung verbunden sein, sondern der Zessionar erhält eine Höchsthypothek, bei der die Feststellung eben noch aussteht[5]).

Von der alten Hypothek ist die abgetretene vollständig unabhängig; es gelten daher für letztere genau dieselben Vorschriften wie bei ersterer bezüglich der Entstehung der Eigentümerhypothek. Erwirbt daher der Schuldner durch vollständige Bezahlung des neuen Gläubigers vielleicht eine Eigentümerhypothek, so kann diese nicht dem alten Gläubiger zufallen, gleichviel ob letzterer infolge des verminderten Höchstbetrags für die nicht abgetretenen und nachträglich noch entstandenen Forderungen, soweit diese den Höchstbetrag überschreiten, keine Sicherung mehr hat[6]).

2) Ergibt sich nun aber aus dem Inhalt der Einigung über die Hypothekenbestellung, dass die Hypothek nur das Schlussguthaben als geschlossene Einheit und nicht die einzelnen sich vor der Abrechnung ergebenden Forderungen sichern soll, so meist bei Kontokurrentverhältnissen, so dürfte die Uebertragung nach § 1153, 1154 nach der Absicht der Parteien ausgeschlossen sein. Denn es soll ja gerade das ganze Rechtsverhältnis gesichert werden, und es wäre für die Parteien höchst unangenehm, wenn mit der Abtretung einer einzelnen Forderung, eines einzelnen Rechnungspostens auch eine Verminderung des Schlussguthabens verbunden sein sollte[7]). Allein ganz auszuschliessen ist auch hier die Möglichkeit einer solchen Uebertragung nicht; sie kann immerhin aus irgend einem Grunde von den Parteien ausdrücklich

[5]) So auch Fuchs S. 625.

[6]) So auch Fuchs a. a. O., Turnau-Förster I. S. 835, Maenner S. 322.

[7]) So Oberneck S. 961, Staudinger S. 525, Biermann S. 419, Fuchs S. 621, Boehm S. 297; vergl. auch Mot. III. S. 769.

gewollt sein. Will hier der Gläubiger eine Forderung zedieren, ohne einen Verlust an seiner Hypothekensicherung zu erleiden, so kann er es nach § 1190 Abs. IV. tun.

3) Da die Vorschrift des § 1153 Abs. II. Halbsatz 2 weder durch § 1185 Abs. II. noch durch § 1190 Abs. IV. angegriffen wird, so gilt für die Uebertragung des Hypothekenrechts allein dasselbe; die Forderung geht hier mit über. Besteht noch keine Forderung, ist aber das zu sichernde Rechtsverhältnis vorhanden und noch nicht beendet, die Entstehungsmöglichkeit einer Forderung jederzeit noch gegeben, so kann der Gläubiger die Höchsthypothek an sich oder einen Teil auch allein übertragen, allerdings nur unter dem Vorbehalt der demnächstigen Entstehung der Forderung[8]); denn ohne diesen Vorbehalt würde der Zessionar gar kein Recht erlangen, sondern die Hypothek, die abgetreten wird, würde als von der grundlegenden Forderung losgelöst als Eigentümerhypothek dem Grundstückseigentümer zufallen.

§ 14.

II. Uebertragung der Forderung ohne die Hypothek nach § 1190 Abs. IV.

Hiernach kann die Forderung nach den für die Uebertragung von Forderungen geltenden allgemeinen Vorschriften übertragen werden, wobei aber der Uebergang der Hypothek ausgeschlossen bleibt.

Der § 1129 Abs. IV. des E.I. hatte für die ganze Sicherungshypothek eine formfreie Uebertragung der Forderung ohne Hypothek vorgeschlagen. Da dieses jedoch mehrfach angefochten wurde, liess der E. III.

[8]) R.J.A. $3_{,90;}$ $4_{,240}$.

diesen Vorschlag wieder fallen und behielt diese Art der Uebertragung nur für die Höchsthypothek bei (Prot. III. S. 678 ff, 688).

Die Mot. III. S. 768 begründen diesen 4. Absatz damit, dass die uneingeschränkte Anwendung des Liegenschaftsrechtes, d. h. der notwendige Mitübergang der Hypothek auf den Fall, in dem eine einzelne Forderung aus dem durch die Hypothek gesicherten Rechtsverhältnis während der Dauer desselben übertragen wird, zu einer Minderung der Sicherheit für das Schlussguthaben führen würde, was oft mit der Absicht der Beteiligten im Widerspruch stehen dürfte.

Zunächst ist zu konstatieren, dass § 1190 Abs. IV. nur für die rechtsgeschäftliche Forderungsübertragung Geltung haben kann, nicht auch für den gesetzlichen Uebergang. Denn Abs. IV. stellt sich lediglich als eine Ausnahme von § 1153 und 1154 dar, die auch nur den Fall der rechtsgeschäftlichen Uebertragung im Auge haben[9]). Dann würde auch z. B. ein Bürge, der einen gewöhnlichen Hypothekengläubiger befriedigt und hiernach nach § 774 Abs. I. mit § 401, 412 B.G.B. die Forderung mit der Hypothek erlangt, wenn er dieses bei der Höchsthypothek gemäss dieser Vorschrift nicht könnte, gegenüber dem Gläubiger erheblich im Nachteil sein; die ratio legis ist hier aber doch nur stets die, dem Bürgen durch die Zahlung dieselbe Stellung zu geben wie dem Gläubiger. Analoges gilt für die Fälle der §§ 1150 und 268 B.G.B. Die Auslegung des Abs. IV. führt in der Litteratur zu den heftigsten Widersprüchen.

[9]) Auch das „kann" im Gesetzestext ist, wie schon einmal erwähnt, doch nur so zu verstehen, dass nur die „Möglichkeit" gegeben sein soll, nicht dass es stets so geschehen müsse. Die Anwendung auf den gesetzlichen Uebergang aber würde, da es dann stets so geschehen müsste, ein „kann" nicht dulden.

1) Die „allgemeinen für die Uebertragung von Forderungen geltenden Vorschriften“ sind die §§ 398–412 B.G.B., die ihrem ganzen Inhalt nach Anwendung finden. Hiernach genügt also zur Uebertragung – gegenüber § 1154 Abs. III. – ein blosser formloser Vertrag, und es wird daher überall da, wo keine dingliche Einigung mit Eintragung erfolgt, eine derartige Forderungsübertragung ohne Hypothek in der Absicht der Parteien liegen. Durchbrochen werden diese allgemeinen Vorschriften nur durch § 1190 Abs. IV. Satz 2, der dadurch, dass er den Uebergang der Hypothek ausschliesst – von § 1153 abgesehen, denn der ist schon durch den ganzen Absatz überhaupt ausgeschlossen - dem § 401 stillschweigend keine Anwendung gestattet[10]).

2) Was das Gesetz unter der „Forderung“ in diesem Sinn verstanden wissen will, ist in den Mot. III. S. 768 deutlich ausgesprochen: „Berechnet ist diese Bestimmung auf die Fälle der Uebertragung einer Einzelforderung vor Feststellung des Schlussguthabens; indessen trifft der Abs. IV. durch seine allgemeine Fassung freilich auch den Fall, in dem die Forderung übertragen wird, nachdem die vorbehaltene Feststellung ihres Betrags bereits bewirkt worden ist“[11]). Damit fallen nun sowohl alle diejenigen Ansichten, die unter dieser Vorschrift nur eine Einzelforderung und nicht auch die ganze fest-

[10]) Wenn daher Rathenau im Archiv f. b. R. 17 S. 197 behauptet, dass die Fassung des Abs. IV. keine besonders glückliche genannt werden könne, so kann dem in dieser Richtung wenigstens beigestimmt werden.

[11]) Den Mot. schliessen sich in dieser Hinsicht besonders an: Turnau-Förster I. S. 836, Fuchs S. 624; wie Rathenau a. a. O. diesen klaren Worten gegenüber behaupten kann, dass das Gesetz hier nur an eine „Totalabtretung“ denke, ist völlig unbegreiflich.

gestellte Forderung subsummieren wollen[12]), als auch die *Rathenau*'s a. a. O., dass diese Vorschrift „vornehmlich" auf das Schlussguthaben anzuwenden sei. Allerdings wäre es seltsam, wenn der alte Gläubiger sich ganz von der Forderung lossagen würde, ohne die Hypothek mitzuübertragen, allein möglich ist dieser Fall immerhin, da ihn das Gesetz nicht direkt ausschliesst, und es kann doch nicht etwas, weil es „kaum zu erwarten" ist[13]), als unmöglich angenommen werden.

Dass ferner, wie *Rathenau* a. a. O. meint, eine einzelne Forderung aus dem Rechtsverhältnis nicht übertragen werden könne, ist angesichts des § 399 B.G.B. unverständlich; oder wird etwa in Ermangelung einer Parteivereinbarung bei einem Kredit- oder Pachtverhältnis u. s. w. die Leistung, die doch nur in Geld besteht, dadurch, dass sie an einen andern bewirkt wird, ihrem Inhalt und Wesen nach geändert? Dass weiter eine einzelne Forderung, die dem Gläubiger aus dem Kreditverhältnis zusteht, gegen eine solche aus dem gleichen Rechtsverhältnis entstandene des Schuldners aufgerechnet werden kann, wird *Rathenau* wohl selbst zugeben; folgt dann aber nicht aus § 394 B.G.B. in Verbindung mit § 851 C.P.O. meist auch die Uebertragbarkeit dieser Forderung? — Doch dass z. B. „ein Schadensersatzanspruch abgesondert als rein obligatorisches Forderungsrecht" abgetreten werden kann, gibt ja *Rathenau* auf S. 196 a. a. O. zu, frägt sich aber nur dann bedenklich, „ob eine solche Abtretung ohne Hypothek als rein persönliche Forderung dem Willen des neuen Gläubigers entspricht". Ja damit muss eben der neue Gläubiger rechnen, dass er die zedierte Forderung auf Grund des

[12]) So besonders Oberneck S. 962, Hachenburg S. 600, Endemann S. 882, Biermann S. 418.

[13]) So Turnau-Förster a. a. O.

§ 1190 Abs. IV. S. 2 ohne dingliche Sicherung erhält, oder er soll sie sich überhaupt nicht oder nicht in dieser Form zedieren lassen. War er in dem Glauben, dass er auch die Hypothek erhalte, so steht ihm eventuell das Recht des § 119 B.G.B. zu; auf jeden Fall aber ist festzustellen, dass die „Möglichkeit" nicht ausgeschlossen ist, mag sie auch tatsächlich oft vorkommen oder nicht.

3) Was ist nun das Schicksal des der abgetretenen Forderung entsprechenden Hypothekenrechts, wenn dieses nach § 1190 Abs. IV. S. 2 nicht auf den neuen Gläubiger übergeht?

Wie *Rathenau* a. a. O. zutreffend ausführt, bestehen hier 3 Möglichkeiten:

entweder sie bleibt beim alten Gläubiger,
oder sie wird in der Hand des schuldnerischen Eigentümers zur Eigentümerhypothek bezw. -Grundschuld,
oder sie geht unter.

Was zunächst den Untergang anlangt, so ist ein solcher auf keinen Fall möglich, da derselbe nur durch Löschung im Grundbuch oder durch Befriedigung aus dem Grundstück sich vollziehen kann.

Bezüglich der beiden ersteren Eventualitäten soll der Deutlichkeit halber unterschieden werden:

a) Wird nur eine einzelne Forderung vor Feststellung des Schlussguthabens aus dem Verbande ausgeschieden und übertragen, so ist zunächst klar, dass die entsprechende Hypothek nicht Eigentümerhypothek werden kann, da, wie *Rathenau* a. a. O. S. 200 zutreffend erörtert, für den Eintritt keiner der im Gesetz normierten Fälle gegeben ist. Von einem Verzichtwillen des alten Gläubigers gemäss § 1168 kann auch keine Rede sein, da dieser ja gerade dadurch, dass er eine Forderung

von dem Hypothekenverbande ausscheidet, seine Sicherung für die übrigen schon entstandenen oder noch entstehenden Forderungen erhöhen will[14]).

Allein es kann sowohl angesichts der ganzen Natur der Höchsthypothek, für ein ganzes Rechtsverhältnis als Sicherung zu dienen, als auch angesichts des Zwecks dieser Uebertragung, nämlich nur eine Forderung aus dem Rechtsverhältnisse auszuscheiden, absolut kein Zweifel darüber bestehen, dass die Höchsthypothek dadurch in ihrem Bestande durchaus nicht berührt wird; sie verbleibt in ihrem ganzen Betrage und Umfang beim alten Gläubiger zur Sicherung der übrigen Forderungen; die Hypothek besteht so weiter, als wenn die übertragene Forderung überhaupt nicht bestanden hätte[15]).

b) Schwieriger gestaltet sich die Sache, wenn der Gläubiger die ganze Forderung[16]) nach der Feststellung in formloser Weise überträgt. Da hier keine Forderungen mehr entstehen können, die entstandenen aber an einen andern ohne die Hypothek abgetreten sind, wird hierdurch die Hypothek, da sie ihrer Forderungen entkleidet ist, „inhaltslos". Sollte hier nun die Hypothek beim alten Gläubiger verbleiben, so würde, da einerseits der „Gläubiger an der formellen Aufrecht-

[14]) So im wesentlichen Hachenburg S. 600.

[15]) Dass dieses — im Gegensatz zu Rathenau, der meint, dass in § 1190 Abs. IV. S. 2 „im Wesentlichen nur eine Negative enthalten sei" — auch offenbar vom Gesetz gemeint ist, geht aus den oben angeführten Worten der Mot. III. S. 768 hervor, dass die unbeschränkte Anwendung der Uebertragungsvorschriften des Liegenschaftsrechts deshalb nicht angemessen sein dürfte, weil sie zu einer „Minderung der Sicherheit des Schlussguthabens" führen würde, was aber gerade dadurch vermieden werden soll.

[16]) Analoges gilt für eine Teilforderung, so in dem von Meisner S. 279 angeführten Fall, wenn die Hypothek nur zur Sicherung einzelner bestimmter Wechsel bestellt ist, und der Gläubiger einen dieser Wechsel giriert.

erhaltung eines solchen inhaltslosen Rechtes kein Interesse mehr haben kann", andererseits der Eigentümer durch die Tatsache, dass das Grundbuch „die Hypothek als fortbestehend bezeichnet, gehindert wird, den Realkredit, den ihm das Grundstück ohne diese inhaltslose Belastung gewähren würde, in vollem Umfang auszunützen", hierdurch der Eigentümer „empfindlich getroffen"[17]) und sehr im Nachteil sein. Dieses kann aber vom Gesetz unmöglich gewollt sein, und es ist daher der Verbleib der Hypothek beim alten Gläubiger durchaus zu verneinen.

Wird sie nun in der Hand des schuldnerischen Eigentümers zur Eigentümerhypothek?

Da, wie *Rathenau* a. a. O. S. 200 richtig findet, auch wieder keiner der vom Gesetz für die Entstehung einer Eigentümerhypothek statuierten Fälle hier Platz greift, durch eine Vereinbarung aber eine Eigentümerhypothek nicht geschaffen werden kann, so ist auch diese abzulehnen[18]).

Den einzigen Ausweg aus diesem „Dilemma" bietet hier der von *Rathenau* a. a. S. 209 herangezogene § 1169 B.G.B. Der Gläubiger wird hier auf Grund einer von dem Eigentümer entgegengehaltenen peremtorischen,

[17]) So Mugdan's Prot. III. S. 405 zu § 1169 B.G.B.

[18]) Wohl erscheint § 1168, wie auch Fuchs S. 624 annimmt, auf den ersten Blick anwendbar, da man in der Uebertragung der ganzen festgestellten Forderung ohne die Hypothek einen Verzicht auf letztere erblicken könnte; allein die Vorschrift des § 1168 Abs. II., wonach der Verzicht der Grundbucheintragung bedarf, um wirksam zu werden, lässt auch diese Annahme nicht zu.

Mit Cohn in seiner Diss. S. 56 den § 1163 Abs. I. S. 2 analog anzuwenden, scheint mir doch etwas gewagt, denn „die Forderung ist erloschen" bedeutet doch etwas ganz anderes als „ihre Beziehungen zur Hypothek" sind erloschen. Zwei ganz verschiedenen Sätzen aber durch Analogieschluss dieselben Folgen beizulegen, dürfte kaum statthaft sein!

d. h. die Geltendmachung des Gegenrechts dauernd ausschliessenden Einrede an der Verfolgung seines Rechts gehindert und gezwungen, auf die Hypothek zu verzichten. Da nämlich einerseits die Einrede des § 1169 sowohl diejenige gegen den Bestand der dinglichen Belastung als auch der obligatorischen Verpflichtung, d. h. der persönlichen Forderung in sich begreift[19]), andererseits dem alten Gläubiger immer noch wenn auch kein materieller so doch ein formeller Anspruch zur Seite steht (denn die Hypothek ist im Grundbuch immer noch auf seinen Namen eingetragen), so sind alle Voraussetzungen der Möglichkeit der Geltendmachung der Einrede gegeben, nämlich auf der schuldnerischen Seite der Nichtbestand der persönlichen Forderung, auf der anderen das besagte formelle Gegenrecht. Der Schuldner kann hier also einer etwaigen Klage des Gläubigers aus der Hypothek die Einrede entgegenhalten, dass die die Grundlage des Hypothekenrechts bildende Forderung ihm, dem Gläubiger gar nicht mehr zustehe, und daher auch jetzt schon, ohne dass es der Geltendmachung von Seiten des Gläubigers bedarf (§ 1169), verlangen, dass jener auf die Hypothek verzichtet; infolge des Verzichts aber erwirbt sie gemäss § 1168 Abs. I. der Eigentümer und zwar als Grundschuld[20]).

[19]) So auch die von Rathenau angeführten; Endemann und Staudinger zu § 1169.

[20]) Den § 1169 mit seinem „Zweck" analog hier anzuwenden, wie Hecking in seiner Diss. S. 47 will, ist nicht notwendig; denn dem Gläubiger steht doch das aus der Eintragung nach § 891 ff B.G.B. fliessende formelle Recht noch zu, das man wohl als einen solchen Anspruch, wie ihn die Geltendmachung der Einrede als Gegenrecht verlangt, ansehen kann.

Meisner S. 279 gibt hier einfach dem Eigentümer das Recht, den Gläubiger zum Verzicht auf die Hypothek zu zwingen, sagt aber nicht, auf Grund welcher Vorschrift er das kann.

V. Abschnitt.

Pfandrecht an der Höchsthypothek.

§ 15.

1) Wie jede andere Hypothek kann auch die Höchsthypothek verpfändet werden. Die Bestellung des Pfandrechtes erfolgt gemäss § 1274 B.G.B. nach den für die Uebertragung geltenden Vorschriften, also entweder durch Einigung und Eintragung (§ 1154 Abs. III.), wodurch dann nach § 1153 Forderung und Hypothek von dem Pfandrecht ergriffen werden, oder durch formlosen Verpfändungsvertrag und Anzeige der Verpfändung an den Schuldner (§ 1190 Abs. IV., 398 ff, 1280 B.G.B.). Im Einzelnen gilt ganz das oben bei der Uebertragung gesagte[1]).

2) Analog der Verpfändung ist die Pfändung zu behandeln (§ 857 Abs. I., 830 Abs. I. C.P.O.).

Soll Forderung und Hypothek gepfändet werden, so wird die Pfändung durch Pfändungsbeschluss und Eintragung ins Grundbuch bewirkt. Entsprechend dem B.G.B gibt hier auch § 837 Abs. III. C.P.O. die Möglichkeit einer Pfändung der Forderung ohne die Hypothek, wenn nämlich der „Gläubiger die Ueberweisung der Forderung ohne die Hypothek an Zahlungsstatt beantragt"; hier ist die Pfändung schon vollzogen mit der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Schuldner (§§ 829 Abs. III., 835 C.P.O.).

[1]) Nicht zu verwechseln ist hiermit der Fall, dass mit der Höchsthypothek bis zu einem gewissen Betrage Kaution geleistet wird. Hier findet § 1190 auf diese Kautionsbestellung keine Anwendung, denn es handelt sich hier nur um eine Verpfändung der Hypothek bis zu einem gewissen Betrage, mit dem der Höchstbetrag der Hypothek aber absolut nichts zu thun hat.

VI. Abschnitt.

Geltendmachung der Hypothek.

Betreff der zur Verwirklichung des Hypothekenrechts benötigten Schuldtitel gelten hier dieselben Vorschriften wie bei der gewöhnlichen Hypothek; ausgenommen sind hier nur die vollstreckbare Urkunde, sowie die Geltendmachung im Urkundenprozess und Mahnverfahren vor der Feststellung der Forderung, da es hier, wie oben § 9 schon berührt, an der in den §§ 794 Abs. I. Nr. 5, 592, 688 C.P.O. geforderten Bestimmtheit der Geldsumme fehlt. Wohl aber gilt auch hier das in § 9 am Schluss und Note 18 dazu gesagte bezüglich einer einzelnen entstandenen und bestimmten Forderung.

§ 16.

I. Die Pfandklage.

Für die Pfandklage ergeben sich einmal aus der Eigenschaft der Höchsthypothek als Sicherungshypothek und dann aus ihr selbst einige Besonderheiten.

1) Die Anstellung der Klage ist durchaus nicht von der vorgängigen Feststellung der Forderung oder gar von der Umwandlung in eine feste Hypothek abhängig; sie kann im Gegenteil auch vor dieser Feststellung erhoben werden. Denn der Gläubiger hat ja nicht ein durch die Feststellung bedingtes Recht, sondern die Feststellung hat nur den Zweck, am Ende des Grundverhältnisses die Höhe der Forderung zu bestimmen.

Klagt er nun vor der vorbehaltenen Feststellung sein Recht ein, so kann er selbstverständlich dieses nur bezüglich der bis dahin entstandenen Forderungen, die, mögen es auch nur einzelne Forderungen sein, wie gesagt, entstanden und somit auch in gewisser Hinsicht bestimmt und festgestellt sein müssen. Da aber über

diese nichts im Grundbuch verlautet, muss der Gläubiger zur Begründung seiner Klage stets die Entstehung und den Umfang der Forderung nachweisen. Hiebei steht ihm aber weder die auf § 891 ff B.G.B. sich gründende Vermutung der Buchrichtigkeit wie bei der Verkehrshypothek (denn dies ist durch §§ 1184 Abs. I. und 1185 Abs. II. ausgeschlossen) noch die Möglichkeit des Hinweises auf die die Forderung spezialisierende Eintragungsbewilligung wie bei der gewöhnlichen Sicherungshypothek zur Seite, da ja hier nur der Grund und nicht ein Betrag der Forderung in der Eintragungsbewilligung angegeben ist; in beiden Fällen hätte der Gläubiger die Vermutung der Entstehung der Forderung für sich, und die Beweislast für das Nichtentstandensein der Forderungen würde hierdurch auf den Schuldner abgewälzt. Allein hier liegt wie gesagt der Beweis ganz und gar und in jedem Falle dem Gläubiger ob, und zwar auch dann, wenn der „Eigentümer negatorisch auf Anerkennung klagt", dass nämlich keine Forderungen entstanden seien, „und deshalb vom Gläubiger zum Zweck der Berichtigung des Grundbuchs die Bewilligung der Löschung oder Umschreibung der Hypothek verlangt"[1]).

Als Beweismittel kann unter allen Umständen entgegen *Plank* S. 626 Anm. 6 zu § 1190 ein Schuldanerkenntnis des mit dem Eigentümer nicht identischen persönlichen Schuldners sei es gerichtlich oder aussergerichtlich, sei es formgerecht oder nicht (bezw. eine Verurteilung des letzteren) verwendet werden; denn es liegt doch kein Grund vor, hier von den gewöhnlichen Regeln der C.P.O. abzuweichen; Einwendungen dagegen bleiben ja dem Schuldner wie dem Eigentümer stets

[1]) So Turnau-Förster I. S. 823, Oberneck S. 958, Staudinger S. 526.

offen[2]). Dass eine Vereinbarung zwischen Gläubiger und Eigentümer oder ein zwischen ihnen geführter Rechtsstreit nicht von Bedeutung sein kann, dürfte klar sein, da ja die Forderungen die Person des Eigentümers unberührt lassend nur in der Person des Schuldners entstehen.

Macht der Schuldner hiergegen geltend, dass er Forderungen schon getilgt habe, oder dass überhaupt keine entstanden seien, so obliegt ihm seinerseits hierfür der Beweis.

2) Was das Einwendungsrecht des Schuldners anlangt, so ergibt sich aus der Unanwendbarkeit des § 1138 auf die Sicherungshypothek überhaupt – wodurch der öffentliche Glaube des Grundbuchs für die Forderung bedeutungslos ist – dass dem Eigentümer alle Einreden gegen den Bestand der Forderung unbeschränkt zustehen nicht nur gegenüber dem Hypothekengläubiger selbst, sondern auch gegen den schlecht- ja auch gutgläubigen Zessionar. Ausgeschlossen ist dagegen die Einrede der Verjährung, da gemäss § 223 B.G.B. ein Anspruch, für den eine Hypothek besteht, trotz der eigentlichen Verjährung von dem Gläubiger verfolgt werden kann[3])[4]).

[2]) So auch Fuchs S. 626, Anm. 22, bb.

[3]) So Böhm S. 295, Turnau-Förster I. S. 834.

[4]) Hiergegen will Cohn in seiner Diss. S. 27 den § 223 wohl auf die Sicherungshypothek im allgemeinen, nicht aber auch auf die Höchsthypothek angewendet wissen. Wenn einerseits die Höchsthypothek nur zu dem Zweck geschaffen sei, dass der Eigentümer nicht gezwungen werde, sich den Gefahren auszusetzen, die mit dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs verbunden sind, scheine es trotzdem begründet, ihr noch eine gewisse Selbstständigkeit gegenüber der Forderung zu geben; hiegegen könne andererseits die Kautionshypothek in der Hand des Hypothekars keine Bedeutung mehr haben, die über die Forderung hinausgehe, weshalb daher § 223 nicht auf sie anzuwenden sei. Allein gegenüber den klaren Worten dieses §, der mit „Höchsthypothek" doch sicher alle deren Arten umfassen und keine Ausnahme gestatten will, dürfte diese übrigens schwer verständliche Begründung kaum aufrecht erhalten werden können.

Uneingeschränkt können hingegen geltend gemacht werden die Einreden, die sich gegen den Bestand der Hypothek richten, da § 1157 Abs. II., wonach die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs gegenüber solchen Einwendungen Anwendung finden, durch § 1185 Abs. II. für die Sicherungshypothek und damit auch hier nicht ausgeschlossen ist. Hieraus ergibt sich, dass der eingetragene Höchstbetrag und mit ihm auch der Rang der Hypothek unter dem Schutz des öffentlichen Glaubens steht.

§ 17.

II. Die Höchsthypothek bei der Zwangsversteigerung.

Ueber die Behandlung der Höchsthypothek in der Zwangsversteigerung sind die Ansichten sehr geteilt:

1) Die herrschende und auch richtige kommt hier zu folgendem Resultate:

Die Höchsthypothek ist kein Anspruch von unbestimmtem Betrage im Sinne des § 14 Z.V.G. und gilt daher nicht als aufschiebend bedingt durch die Feststellung des Betrags. Zwar ist nach dem Inhalt der Eintragung in der Form eines Höchstbetrages unbestimmt, ob die zu sichernden Forderungen den eingetragenen Höchstbetrag erreichen werden, unbestimmt daher die Ansprüche des eingetragenen Gläubigers, die durch den eingetragenen Höchstbetrag nur begrenzt werden; allein da § 14 Z.V.G. unter dem „Anspruch“ nur die dingliche Belastung im Auge hat, das Grundstück aber, wie oben § 5 angeführt, sofort mit der Eintragung der Hypothek in der Höhe des ganzen Höchstbetrags dinglich belastet wird, kann demnach von einem unbestimmten Anspruch in dieser Hinsicht keine Rede sein. Die Höchsthypothek ist eine

durchaus bestimmte dingliche Belastung, unbestimmt ist nur, ob und inwieweit sie dem Gläubiger als Hypothek oder dem Eigentümer als Eigentümerhypothek zusteht, während hingegen bei der bedingten Belastung es ungewiss ist, ob die Belastung selbst und an sich bestehen bleibt[5]).

Hieraus folgen – einerlei ob die Forderung besteht oder nicht, ob sie festgestellt ist oder nicht – eine Reihe von wichtigen Sätzen:

a) Nach § 9 Z.V.G. ist der Gläubiger von Amtswegen zu dem Verfahren zuzuziehen, da für ihn ein Recht im Grundbuch eingetragen ist. Will der Besteller oder ein Zwischeneigentümer wegen § 1163 u. s. w. zugezogen werden, so müssen sie einen Anspruch aus der Höchsthypothek als für sie entstanden anmelden und glaubhaft machen[6]).

b) Fällt die Höchsthypothek unter das Geringstgebot, so wenn sie dem betreibenden Gläubiger vorgeht (§ 44 Z.V.G.), so muss sie gemäss § 45 l. c. von Amtswegen berücksichtigt werden und zwar nach dem Inhalt des Grundbuchs, d. h. zum vollen eingetragenen Höchstbetrag, da ja die Hypothek tatsächlich in dieser Höhe besteht. „Wem der Anspruch auf Zahlung zusteht, ist für die Feststellung des Geringstgebots unerheblich; denn das berücksichtigte eingetragene Recht bleibt, so wie es eingetragen ist, bestehen, und kann durch den Zuschlag irgend welche Veränderungen

[5]) So v. d. Pforden Z.V.G. S. 50, Steiner Z.V.G. S. 48, Wolff Z.V.G. S. 52, Fuchs S. 623, Lafrenz in Gruchot 48 S. 336 ff; Turnau-Förster I. zu § 1190 waren in ihrer ersten Auflage noch der gegenteiligen Ansicht, stimmen aber in ihrer 2. Aufl. bei; ebenso Jäckel (vergl. 2. Aufl. S. 64 ff u. cit.), nachdem er im Anschluss an das R.G. vom 15.VI.03 in den Abhandlungen in Cbl. f. fr. G. IV. S. 202 und S. 279 seine Ansicht geändert hatte.

[6]) So Jäckel S. 409.

nicht erleiden“[7]). Erklärt der Gläubiger, dass sie ihm für einen geringeren Betrag zustehe, so wird sie eben, soweit sie ihm zusteht, für ihn, soweit sie ihm nicht zusteht, für den in Betracht kommenden Eigentümer aufgenommen. Als Eigentümer aber für § 1163 kann in Betracht kommen, entweder der Eigentümer, der es war oder noch ist zur Zeit der Hypothekenbestellung oder der, der es war zur Zeit des Erlöschens der Forderung. Dass der in Frage kommende Eigentümer leicht unbekannt sein kann, besonders wenn das Grundstück schon durch mehrere Hände gegangen ist, berührt den Ersteher nicht, da einer doch die Eigentümerhypothek erworben haben muss[8]).

Diese Teilung der Hypothek unter zwei verschiedene und verschiedenartige Berechtigte hat auch für die gleich- und nachstehenden Gläubiger gar keine Bedeutung. Die Hypothek besteht in vollem Umfang und Betrag, und die Genannten können nicht hoffen, in einen etwa frei werdenden Teil einrücken zu können[9]). Es hat daher der Ersteher auch auf keinen Fall einen Zuschlag gemäss § 50 Z.V.G. zu dem Bargebot zu leisten in der Höhe, in der die Hypothek von dem Gläubiger nicht in Anspruch genommen wird, da er ja hierdurch nicht bereichert, sondern von diesem Anfall an den Eigentümer absolut nicht berührt wird. Demnach entfällt auch die Anwendung des § 125 Z.V.G., wonach im Teilungsplan bestimmt werden muss, wie dieser nachzuzahlende Betrag verteilt wird[10]).

---

[7]) Lafrenz a. a. O. S. 337.

[8]) Vergl. auch Jäckel S. 46.

[9]) Vergl. Steiner Z.V.G. S. 116.

[10]) Hier gestaltet sich nun die Rechtslage folgendermassen: Höchsthypothekenschuldner, und zwar, wenn der Subhastat nicht der persönliche Schuldner war, nur dinglicher ist der Ersteher, der das Grundstück durch Zuschlag mit der Hypothek belastet übernommen hat; Höchst-

c) Ist die Höchsthypothek bei der Feststellung des Geringstgebots nicht berücksichtigt und soll sie auch nach besonderer Vereinbarung (§ 91 Abs. II. l. c.) nicht bestehen bleiben, so geht sie nach § 91 Abs. I. unter, d. h. das dingliche Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück erlischt, und an dessen Stelle tritt der Anspruch auf Zahlung aus dem Versteigerungserlös.

Was hat nun dieser Vorgang für einen Einfluss auf das der Hypothek zugrunde liegende Schuldverhältnis?

Der Grundstückseigentümer hat, wie schon oben in § 12 erwähnt, durch die Bestellung der Hypothek einen Teil des Grundstückswertes dem Gläubiger zur Sicherung von Forderungen in Höhe des Höchstbetrages zur Verfügung gestellt. Dieser Grundstückswert qualifiziert sich sozusagen als eine Sicherheitsleistung, eine Kaution, die der Gläubiger bei gegebener Zahlungsunfähigkeit des Schuldners in Anspruch nehmen kann; die Dinglichkeit dieses Anspruchs bezweckt nur eine Erhöhung der Sicherheit und sozusagen eine Erleichterung der Versilberung des Wertes, indem dieses Recht am Grundstück haftend von jedem Dritten respektiert werden muss.

Nun geht das Grundstück mit dem Moment des Zuschlags (der Verkündung § 89, oder Zustellung § 104 Z.V.G.) in das Eigentum des Erstehers über (§ 90 l. c.), womit auch die Dinglichkeit des Anspruchs, aber auch

---

hypothekengläubiger ist der ursprüngliche Gläubiger geblieben. Ist der Subhastat auch der persönliche Schuldner gewesen, so tritt der Ersteher nach § 53 Z.V.G. auch in das persönliche Schuldverhältnis ein, wogegen der alte Schuldner ganz ausscheidet; dass dies allerdings manchmal, aber nicht immer, unmöglich ist, zeigt das von Kress in Ztschr. f. Rpfl. i. B. 05 S. 482 gebrachte Beispiel. Das Resultat ist also, dass die Rechtsfolgen dieselben sind, wie bei der Uebereignung des Grundstücks und den verschiedenen Arten der Schuldübernahme nach § 416 B.G.B.; sicher ist, dass das Rechtsverhältnis der Hypothek nicht berührt wird.

nur diese erlischt; das persönliche obligatorische Schuldverhältnis bleibt, von einigen Spezialfällen abgesehen, unberührt bestehen[11]), so dass also der Schuldner wie vorher für die entstandenen Forderungen haftet und dem weiteren Entstehen von Forderungen im Grundsatz nichts im Wege steht. An Stelle des früheren Grundstückswertes ist also nun der in Geld bestehende Versteigerungserlös getreten, und zwar bei der Annahme, dass die Hypothek vollständig zum Zuge kommt, in Höhe des Höchstbetrags der früheren Hypothek, da ja auch das Grundstück unbedingt mit diesem belastet war.

Das Ergebnis ist also folgendes: Der Zuschlag hat den zur Sicherung hingegebenen ideellen Grundstückswert in den realiter in den Händen der Parteien (bezw. der Hinterlegungsstelle) liegenden und daher der Dinglichkeit überhaupt nicht mehr bedürfenden Gelderlös umgewandelt, d. h. er hat, wie es die Aufgabe der Zwangsvollstreckung ist, den Zweck der Hypothek, Befriedigung aus dem Grundstück zu erlangen, erfüllt. Wollen nun die Parteien auf der Grundlage dieses zur Hebung gelangten Erlöses das von der Zwangsversteigerung nicht berührte persönliche Schuld-, so Pacht-, Kreditverhältnis u. s. w. fortsetzen, so steht dem durchaus nichts im Wege[12]).

---

[11]) Vergl. Steiner S. 111 Anm. 5 zu § 52 u. S. 178.

[12]) Dass der Verteilungstermin, wie das R.G. 51_{119} ausspricht, unbedingt die Feststellung herbeiführen müsse, weil nunmehr feststehe, welche Forderungen entstanden seien, ist nicht einzusehen. Denn wenn auch in der Regel die Feststellung hier erfolgen mag, so darf doch nicht ausser Acht gelassen werden, dass die Hypothek schon durch den Zuschlag erlischt, und dass daher alle Forderungen, die nach demselben entstehen — dass sie das können, ist vom R.G. ausdrücklich zugegeben — nicht mehr durch die Hypothek, sondern durch den schon mit dem Moment des Zuschlags bestimmt bestehenden auf die Hypothek entfallenden

Dem Gläubiger steht hier analog den Verhältnissen vor dem Zuschlag wie früher die Hypothek, so jetzt der Versteigerungserlös im ganzen und unbedingt zu, während der frühere eventuelle Eigentümerhypothekar jetzt mit einem seinem früheren Eigentümerhypothekenrecht gleichgestalteten bedingten – nämlich dass keine Forderungen entstehen oder die entstandenen erlöschen – Recht auf den Versteigerungserlös auftritt[13]). Die Höchsthypothek ist daher nach dem Buchinhalt, d. h. mit dem ganzen Höchstbetrag für den Gläubiger aufzunehmen, unbekümmert ob sie bezw. der Versteigerungserlös dem Gläubiger allein oder auch zum Teil dem für die frühere Eigentümerhypothek in Betracht kommenden Berechtigten zusteht. Bei der näheren Zuteilung des Anspruchs aber „für wen“ und „in welcher Höhe“ behält sich einfach der Gläubiger seinen Anspruch vor mit der Behauptung, dass das Rechtsverhältnis noch nicht abgewickelt sei, und es ist nun „der zur Hebung gelangte Betrag des Erlöses als eine noch der Feststellung bedürfende Forderung für ihn und den

Erlös gesichert sind, weshalb auch eher dem Zuschlag mit seiner in dieser Richtung hypothekenbeendigenden Wirkung dieser Erfolg beigelegt werden sollte. Gibt man aber der Möglichkeit Raum, dass auch nach dem Zuschlag überhaupt noch Forderungen entstehen können, so liegt auch absolut kein Grund vor, in dem Verteilungstermin die Grenze dieser Möglichkeit zu erblicken.

[13]) Denn mag auch das Recht auf den Versteigerungserlös ein anderes sein als das aus der Hypothek, so tritt ersteres doch vermöge des von dem Z.V.G. aufgestellten Surrogationsprinzips vollständig und ohne Aenderung an die Stelle des letzteren; so erhält ja auch bei einer gewöhnlichen festen Hypothek der Eigentümerhypothekar durch den Zuschlag ein Recht auf den Versteigerungserlös in Höhe seiner Eigentümerhypothek. Hieraus folgt aber auch zugleich, dass der vom Gläubiger nicht beanspruchte Teil der Hypothek, bezw. des Erlöses nicht an die sonst leer ausgehenden nachfolgenden Realberechtigten fällt, wie besonders Reinhard im „Recht“ 02 S. 34, Kretzschmar im Cbl. f. fr. G. IV. 195 u. s. w. meinen, sondern an die früheren Eigentümerhypothekenberechtigten.

in Betracht kommenden Eigentümerhypothekar" (gemäss § 120 Z.V.G.) „zu hinterlegen"[14]), bezw. es kann der ganze Betrag dem Gläubiger zugeteilt werden, aber mit der in den Teilungsplan aufzunehmenden Feststellung (§ 119 Z.V.G.), dass, soweit eine Forderung für den Gläubiger nicht entsteht, der entsprechende zugeteilte Betrag dem diesbezüglich berechtigten früheren Eigentümerhypothekar anfällt. Der Anwendung von § 119, 120 Z.V.G. steht die Annahme, dass die Höchsthypothek nicht ein im Sinn des § 14 l. c. bedingtes Recht ist, durchaus nicht entgegen; das Recht aus der Hypothek, die Belastung ist unbedingt; aufschiebend bedingt und daher unter genannte §§ fallend sind nur die Ansprüche der betreffenden Beteiligten, der Anspruch des Gläubigers nämlich dadurch, dass Forderungen entstehen, der des Eigentümers, dass keine entstehen (so auch *Kretzschmar* in Cbl. f. fr. G. IV. S. 628).

Liegt es hingegen nicht in der Absicht der Parteien, das Rechtsverhältnis fortzusetzen, so kann die vorbehaltene Feststellung wohl auch im Verteilungstermin erfolgen. Hier muss aber, da das Grundbuch nicht die eigentlichen Forderungen, sondern nur deren Begrenzung ausweist, der Gläubiger, wenn und soweit er ein Recht an dem Versteigerungserlös geltend macht, das Entstandensein und den Betrag seiner Ansprüche beweisen. Tut er das, und wird von Seiten des persönlichen Schuldners kein Einspruch erhoben[15]), so ist er, da dies dann nach dem § 16 unter Nr. I., 1) gesagten als vollständiger Beweis gilt, nur mit diesem seinem Betrage, mit dem eventuellen Rest der diesbezügliche andere Berechtigte

[14]) So auch Jäckel S. 409 u. cit.

[15]) Widerspruch ist selbstverständlich gegebenenfalls auch von Seiten des Erstehers und anderen Beteiligten möglich.

in den Teilungsplan aufzunehmen. Ist letzterer bekannt, so meist wenn der Schuldner stets der ursprüngliche Eigentümer geblieben, so kann diesem sogleich sein Anteil ausgezahlt werden, bezw. wenn er nicht anwesend für ihn berechnet und hinterlegt werden. Ist er dagegen nicht bekannt, was meist der Fall ist, wenn das Grundstück schon durch mehrere Hände gegangen ist, so dass jeder von diesen Zwischeneigentümern eventuell in Frage kommen kann, so ist es wohl das Richtigste, nach § 126 Z.V.G. den Betrag zu hinterlegen, bezw. nach § 135 l. c. einen Vertreter zu bestellen[16]).

Kann der Gläubiger seine Ansprüche nicht sogleich dartun, so liegt derselbe Fall vor, wie wenn er sie nicht dartun will, weil das Rechtsverhältnis fortgesetzt werden soll, und es gilt oben gesagtes.

Reicht der Versteigerungserlös zur Befriedigung aller durch die Höchsthypothek gesicherten Forderungen nicht aus, oder übersteigt der Gesamtbetrag der Forderungen denselben, so erfolgt nach *Fuchs* a. a. O. die Verrechnung der auf die Hypothek entfallenden Hebung nach den allgemeinen Grundsätzen des § 366 B.G.B.

---

[16]) So im Wesentlichen Lafrenz a. a. O.; die Meinung von Fuchs S. 623, dem Gläubiger sei der Höchstbetrag unbedingt zuzuteilen, kann nach dem gesagten nicht geteilt werden.

Das weitere Verfahren dürfte dann, wie Jäckel in Cbl. f. fr. G. IV. S. 207 ausführt, sich so gestalten, dass das Vollstreckungsgericht sich darüber schlüssig macht, ob der Berechtigte als ermittelt anzusehen ist, worüber eventuell mit den Beteiligten in einem Termin verhandelt werden könnte. Ist ein Berechtigter nicht als ermittelt zu erachten, so ergeht Aufgebot (§ 138 Z.V.G.), und diejenigen Prätendenten, denen es nicht gelungen ist, Ansprüche vor dem Vollstreckungsgericht durchzusetzen, können sich dann noch im Aufgebotsverfahren melden und dadurch zu einem Vorbehalt ihrer Rechte gelangen; sie sind dann in dem nach Erlass des Ausschlussurteils anzuberaumenden Termine (§ 141 l c.) zuzuziehen und können in ihm Widerspruch gegen eine ihre Ansprüche nicht berücksichtigende Ausführung des Teilungsplanes erheben; so wird schliesslich der Streit über das Bestehen ihrer Rechte vor den Prozessrichter gebracht.

2) Hiergegen vertreten besonders *Fischer-Schäfer* S. 203, *Reinhard* Z.V.G. Anm. III., 2. zu § 50 Z.V.G.[17]), *Kretzschmar* S. 414 ff, das O.L.G. Dresden in 3 Entscheidungen (7.III.02, 4.VI.02, 5.XII.02), zum Teil auch *Wolff* Z.V.G. (so z. B. S. 29) die Anschauung, dass die Höchsthypothek ein im Sinn des § 14 Z.V.G. bedingtes Recht sei, und dass infolge dessen sowohl § 50 wie 125 Z.V.G. hier Anwendung zu finden hätten. Allein nach dem obengesagten ist diese Anschauung kaum haltbar; denn abgesehen davon, dass die Höchsthypothek das Grundstück bestimmt belastet, ist auch für ein Anfallen einer Eigentümerhypothek an den Ersteher, ausser dem Fall, dass derselbe als Hypothekenschuldner (bei Uebernahme der Hypothek s. b) und Note 10) den Gläubiger in einer unter § 11, A, 2) a) oder b) behandelten Weise ganz oder zum Teil befriedigt, absolut kein Raum, da dieselbe von dem früheren Eigentümer schon zu beanspruchen ist. Selbst wenn hiegegen dem Ersteher die Hypothek zu dem vom Gläubiger nicht beanspruchten Teil als Eigentümerhypothek anfallen würde, könnte hierin, wie *Lafrenz* a. a. O. S. 341 zutreffend ausführt, eine unbillige Bevorzugung desselben nicht erblickt werden, da dieser dann ja von vornherein mit der Eventualität des Erwerbs einer solchen Eigentümerhypothek zu rechnen hätte, und demgemäss auch sein Angebot auch bemessen würde und müsste.

[17]) In Cbl. f. fr. G. IV. S. 461 hat Reinhard diese Ansicht bereits aufgegeben und ist der ersteren Anschauung beigetreten. Ebenso Kretzschmar in Cbl. f. fr. G. IV. S. 627 im Anschluss an eine Entscheidung des O.L.G. Dresden vom 17.XI.03.

VII. Abschnitt.

Umwandlung in eine Hypothek mit festem Betrag.

§ 18.

Das bayrische wie das preussische Recht liessen eine solche Umwandlung der Kautionshypothek in eine mit festem Betrage zu; in Preussen war man nur über die Voraussetzungen derselben verschiedener Meinung, ob nämlich die Zustimmung des nicht persönlich haftenden Eigentümers und der gleich- und nachstehenden Gläubiger dazu notwendig oder ob die der letzteren entbehrlich war[1]).

Auch im jetzigen Recht kann es angesichts des § 1186, der die Umschreibung der Sicherungshypothek allgemein in eine gewöhnliche Hypothek gestattet, keinem Zweifel unterliegen, dass auch die Höchsthypothek als Unterart der Sicherungshypothek beliebig in eine andere Hypothekenart oder Grund- oder Rentenschuld[2]) umgewandelt werden kann[3]). Und zwar ist diese Möglichkeit jederzeit gegeben; denn wenn auch der Begriff der Umwandlung in eine feste Hypothek die feste Bestimmung eines Betrags, zu dem umgewandelt werden soll, begriffsmässig notwendig macht, so kann im Gesetz doch absolut kein

[1]) Vergl. Turnau-Förster I. S. 814, Anm. 1 zu 1186.

[2]) So auch Turnau-Förster I. S. 815, II. S. 340 (§ 1198 B.G.B.).

[3]) Nur Hachenburg (Vorträge) S. 598 glaubt aus der Eigenschaft der Höchsthypothek als „notwendige" Sicherungshypothek den Schluss ziehen zu müssen, dass eine solche Umwandlung erst zulässig sei, wenn die Forderung feststeht, also erst nach Ablauf des Rechtsverhältnisses oder der durch die Parteivereinbarung festgesetzten Zeit und negiert hiermit vollständig die Möglichkeit einer jederzeitigen Umwandlung auf Grund eines das Grundverhältnis durchbrechenden Parteiwillens. Allein § 1190 Abs. III. ist doch nur so aufzufassen, dass notwendigerweise, auch wenn die Bezeichnung als Sicherungshypothek fehlt, die Höchsthypothek eine Sicherungshypothek ist, d. h. dass alle Vorschriften derselben eo ipso auf sie Anwendung finden müssen.

Anhaltspunkt dafür gefunden werden, dass dies, wie *Oberneck* S. 963 meint, unbedingt die im Gesetz vorbehaltene Forderungsfeststellung sein müsse. Vielmehr können die Parteien eine solche Umwandlung beliebig vereinbaren, nur müssen sie einen Betrag von bestimmten dem Gläubiger zustehenden Forderungen bestimmen, zu dem umgewandelt werden soll, da dies wie gesagt nicht nur Begriffsvoraussetzung, sondern auch Voraussetzung einer Verkehrs-, Sicherungshypothek u. s. w. ist; damit ist aber auch von selbst gegeben, dass vor Entstehung einer Forderung daran überhaupt nicht zu denken ist[4])[5]).

Im Fall der Umwandlung nach der vorbehaltenen Feststellung und in Höhe dieser, fällt der Betrag, um den der Höchstbetrag den der Umwandlung übersteigt, dem in Frage kommenden Eigentümer zu, da keine Forderungen mehr entstehen können. Dasselbe gilt, wenn die Umwandlung vor dieser Feststellung geschieht, sich aber auf die ganze Hypothek erstrecken, d. h. das Rechtsverhältnis in dieser seiner Art beendigen soll[6]).

[4]) So auch K.G. 11.VII.02 (Cbl. f. fr. G. III. S. 367), Fuchs S. 626, Endemann S. 880, sowie R.G. 8.III.05 („Recht" 05 S. 252 Nr. 1141), wenn es ausspricht, dass Eigentümer und Gläubiger die Höchsthypothek in eine gewöhnliche Darlehenshypothek verwandeln können, ohne dabei auch zugleich das unterliegende Kontokurrentschuldverhältnis, das seiner Höhe nach ungewiss ist, durch Anerkenntnis (Abrechnung) in ein festes (Darlehens-) Schuldverhältnis von bestimmter Höhe zu verwandeln.

[5]) In keinem Fall aber darf der Betrag der Umwandlung den Höchstbetrag übersteigen, da ja dann die nachfolgenden Hypothekengläubiger benachteiligt würden; vergl. R.G. 3.XII.02 in Cbl. f. fr. G. III. S. 619.

[6]) Wird die Hypothek vor der Feststellung zum ganzen Höchstbetrag ohne Rücksicht auf bereits entstandene Forderungen umgewandelt, so gilt dies nicht; in diesem Fall dient eben die Hypothek als feste Belastung zur Sicherung des zugrunde liegenden Verhältnisses, so vergl. R.G. 60_{243} ff, wo die umgewandelte feste Hypothek nach Analogie einer Höchsthypothek für das zugrunde liegende Kontokurrentverhältnis Sicherung bietet.

Haben die Parteien hiegegen letztgenannten Fall nicht im Auge, und wird nur die Hypothek vor Feststellung in Höhe der bis zum gegebenen Augenblick entstandenen Forderungen oder nach Feststellung nicht zum ganzen festgestellten Betrag umgewandelt, so liegt nur die Umwandlung eines Teiles der Hypothek vor. So kann z. B. von der ganzen Hypothek ein Teil in Höhe eines gerade entstandenen Schadensersatzanspruchs in eine feste Hypothek umgewandelt werden. Hier scheidet die feste Hypothek aus dem Höchsthypothekenverbande ganz aus, während der Rest derselben als Höchsthypothek mit nicht festgestellten, bezw. festgestelltem Forderungsbetrag, stets aber mit einem verminderten Höchstbetrag in der Hand des Gläubigers unverändert weiter bestehen bleibt.

Notwendige Voraussetzung der Umwandlung ist ausser der festen Betragsbestimmung die Einigung des Gläubigers und des derzeitigen Eigentümers sowie die Eintragung ins Grundbuch. Denn da die Umwandlung sich als eine Inhaltsänderung im Sinn des § 877 B.G.B. darstellt, finden auch die Vorschriften der § 873 ff l. c. Anwendung.

Die Einigung zunächst unterliegt den gewöhnlichen Grundsätzen; sie kann zwar durch rechtskräftiges Urteil nach § 894 C.P.O. ersetzt werden, aber eine Verpflichtung des Eigentümers, in die Umwandlung einzuwilligen, ist, da der Gläubiger in der Hypothekenbestellung das in dem Bestellungsvertrage bedungene Recht vollauf erhalten hat, im Gesetz nicht statuiert und ihm auch nicht zu entnehmen[7]). Nur wenn in dem zugrundeliegenden

[7]) Selbst auf Grund eines Urteils, durch das der Schuldner rechtskräftig zur Bezahlung der gesicherten Forderung verurteilt wird, kann der Gläubiger vom Grundstückseigentümer nicht die Einwilligung zur Umschreibung in eine gewöhnliche Hypothek verlangen.

Kausalvertrag eine Verpflichtung des Eigentümers hierzu begründet ist, kann die Einigungserklärung des sie verweigernden Eigentümers durch Klage erzwungen und durch Urteil ersetzt werden[8]).

Zu dieser Umwandlung ist nicht erforderlich die Zustimmung der gleich- und nachstehenden Berechtigten; denn sie werden hierdurch weder vorteilig noch nachteilig berührt, ihnen geht stets eine Belastung in Höhe des Höchstbetrags voraus, mag der nicht umgewandelte Teil zur Eigentümerhypothek werden oder Höchsthypothek bleiben.

Wohl aber ist, wenn die Umwandlung vor der eigentlichen vorbehaltenen Feststellung erfolgt, mag sie das Rechtsverhältnis beendigen, oder soll sie als blosse Teilumwandlung gelten, die Zustimmung des persönlichen Schuldners, der nicht Eigentümer ist, notwendig. Denn dieser hat nach dem Bestellungsvertrag ein Recht darauf, dass das der Hypothek zugrunde liegende Rechtsverhältnis weder vom Gläubiger noch vom Eigentümer unterbrochen werde, dass er z. B. den gewährten Kredit voll und ganz ausnützen darf[9]); und ebenso wie die Teilabtretung einer Forderung mit Hypothek nur auf Grund einer Einigung des Gläubigers und Schuldners geschehen kann, wird man auch hier die Zustimmung des Schuldners für notwendig erachten müssen, da hier wie dort es sich nur um die Verminderung des als Sicherung dienenden Höchstbetrags handelt.

Nur dann ist diese letztgenannte Zustimmung entbehrlich, wenn die Umwandlung nach der begriffsmässigen vorbehaltenen Feststellung erfolgt. Denn hierdurch wird, da das Rechtsverhältnis bereits erschöpft

[8]) R.G 49,164 Biermann S. 420.

[9]) Diese Konsequenz, die sich aus der Umwandlungsmöglichkeit in logischer Gedankenfolge ergibt, zieht allerdings Fuchs a. a. O. nicht.

ist, die festgestellte Verbindlichkeit des persönlichen Schuldners nicht berührt; allerdings wird durch eine solche Umwandlung in eine Verkehrshypothek auch die Forderung nunmehr dem Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs unterstellt, aber der Schuldner kann hierdurch doch nicht die in seiner Person schon begründeten und entstandenen Einreden gegen die Forderung verlieren; insbesondere hat er, wenn sein etwaiges Regressrecht gegen den Grundstückseigentümer hinsichtlich einer ihm zustehenden Rückgriffshypothek durch jene Umwandlung in nachteiliger Weise angegriffen wird, nach analoger Art des § 1165 B.G.B. die Einrede, zu jenem Betrage von der Schuld befreit zu sein[10]).

Mit dem Moment der Eintragung der Umwandlung verwandelt sich die Höchsthypothek, wie sie bisher es war, bezw. der umgewandelte Teil derselben in eine solche mit festbestimmtem Betrage, und zwar, wenn nicht von den Parteien etwas anderes vereinbart wird, in die Regelhypothek des § 1116, eine Briefhypothek[11]). Diese Hypothek ist unverzinslich, auch wenn der festgestellte Betrag den Maximalbetrag nicht erreicht hat, der die abgelaufenen Zinsen in sich schliesst. Es können jedoch von nun an nach § 1119 ohne Zustimmung der gleich- und nachstehenden Gläubiger Zinsen bis zu 5% von dem Tage der Eintragung der umgewandelten Hypothek an mit dem Rang der letzteren eingetragen werden[12])[13]).

---

[10]) So Oberneck S. 963, Plank S. 609 Anm. 3 zu § 1186, Turnau-Förster I. S. 815 Anm. 2 zu § 1186.

[11]) So Plank S. 610, Biermann S. 410.

[12]) So auch Prot. III. S. 689, R.J.A. 3_{154}, Endemann S. 881, Plank S. 610 Anm. 4 zu § 1186, Achilles-Strecker I. S. 90, Hachenburg S. 599, Kretzschmar S. 416, Oberneck a. a. O. u. s. w.

[13]) Da rückständige Zinsen nach dem in § 4 unter I. 2) gesagtem sozusagen einen Teil der Hauptforderung bilden, können solche auch nach

Wird die Höchsthypothek in eine Grund- oder Rentenschuld umgewandelt (§ 1186, 1198, 1203) – und zwar kann das, wie es aus dem Zusammenhalt genannter §§ folgt, in einer Umwandlung geschehen – so finden natürlich deren Vorschriften nach der Umwandlung entsprechende Anwendung.

VIII. Abschnitt.

Untergang der Höchsthypothek.

§ 19.

Hier gelten die allgemeinen Vorschriften, so § 875, 876 B.G.B., 27 G.B.O. u. s. w.

Die Klage auf Berichtigung des Grundbuchs, insbesondere auf Umschreibung auf den Eigentümer steht dem letzteren nicht eher zu, als bis die Höchsthypothek ganz erledigt ist, bis feststeht, dass aus dem Geschäftsverkehr, für den die Hypothek bestellt war, keine Forderungen mehr entstehen können. Ob ein früherer Eigentümer durch Tilgung eines Teils der Post eine Eigentümerhypothek erworben hat, darum braucht sich der Grundbuchrichter nicht zu kümmern, es sei denn, dass der Nachweis dieses Erwerbes erbracht wird (so auch *Fuchs* S. 626, *Turnau-Förster* I. S. 834; vergl. auch R.G. 10.I.02 in D.J.Z. 02 S. 118).

---

obiger Note 5 (zu § 18) ohne Genehmigung der nachfolgenden Gläubiger nicht über den Höchstbetrag hinaus eingetragen werden (vergl. auch R.O.L.G. $2_{,158}$).

IX. Abschnitt.

Uebergangsrecht.

§ 20.

Hier ist vor allem art. 192 E.G. B.G.B. massgebend, nachdem ein zu der Zeit, zu der das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, an einem Grundstück bestehendes Pfandrecht von dieser Zeit an als Buchhypothek gilt, bezw. als Sicherungshypothek, wenn der Betrag der Forderung nicht bestimmt ist. Da bei den bisherigen Kautionshypotheken aller Landesrechte dieses letztere zutrifft[1]), so verwandeln sich diese also unter den gegebenen Voraussetzungen in eine Sicherungshypothek und zwar in eine Höchsthypothek.

1) Voraussetzung ist hierbei immer, dass das Pfandrecht rechtsgültig noch besteht. Dieses ist vor allem der Fall, wenn in dem kritischen Zeitpunkt Forderungen, die durch die Kautionshypothek gesichert werden sollen, zwar noch nicht entstanden sind, aber jeden Augenblick entstehen können, wenn also das Rechtsverhältnis, aus dem die Forderungen entspringen können, noch in das neue Recht hineinragt; hier besteht für das Pfandrecht die Aufgabe, diese noch entstehenden Forderungen zu sichern, weiter, und es geht daher als bestehendes Pfandrecht mit dem Charakter einer Höchsthypothek in das neue Recht über, und unterliegt von nun an dessen Vorschriften. So haftet sie von nun an auch für die in § 1118 bestimmten Kosten, was sie bisher nicht getan hat; vorher entstandene Kosten können jetzt nur noch durch Kostenkautionen gesichert werden;

[1]) Die Unbestimmtheit des Betrags gründet sich nicht auf die Angabe der Parteien, sondern einzig und allein auf die Bekundung des Grundbuchseintrags, so Habicht S. 492.

weiter verliert auch eine dem bisherigen Recht entsprechende Hypothekenurkunde – im preussischen Recht war, wie schon gesagt, auch ein Brief zulässig – nunmehr nach § 1185 Abs. I. ihre Kraft.

Eine weitere Folge davon ist, dass durch diese Umwandlung nicht nur den gleich- und nachstehenden Berechtigten die Möglichkeit, in eine etwa frei werdende Stelle einzurücken, die diese im bisherigen Rechte mangels einer Eigentümerhypothek hatten, genommen wird, sondern auch die Lage des Gläubigers verschlechtert sich in gewisser Hinsicht: denn während bisher sich die Hypotkek mit dem Moment der vollständigen Entstehung der Forderung von selbst in eine feste Hypothek verwandelte (vergl. Geschichte), bedarf es jetzt, auch wenn die Forderung festgestellt ist, stets der Zustimmung des Eigentümers[2]).

Ist das Rechtsverhältnis zur Zeit des Uebergangs schon beendet, so dass also Forderungen nicht mehr entstehen können, so hat die Kautionshypothek schon nach dem alten Recht ihr Wesen als solche geändert, und ist zu einer festen Hypothek geworden[3]), und sie kann daher auch nach art. 192 Abs. I. S. 2 nicht zur Sicherungshypothek, sondern nach Satz 1 daselbst nur zur gewöhnlichen festen Hypothek werden. Füllen nun hier die entstandenen Forderungen den Höchstbetrag vollständig aus, so ist die Sache einfach; erreichen sie ihn dagegen nicht, so wird die Hypothek nur in Höhe der Forderungen zur Buchhypothek des neuen Rechts; der

[2]) So übereinstimmend R.G. $49_{,161}$, $52_{,59}$, $52_{,111}$, $52_{,414}$, K.G.J. 21 S. A 150, R.O.L.G. $1_{,164}$, $4_{,194}$, Dennler in Bl. f. R.A. 69 S. 91; speziell für Bayern: Stürmer in Ztschr. f. Rpfl. i. B. 05 S. 89 ff, Schnell in Bl. f. R.A. 62 S. 225 ff und Kress in Ztschr. f. Rpfl. i. B. 05 S. 478 ff, für Preussen: Stegemann in Gruchot 46 S. 322 ff, für Sachsen: R.G. $55_{,219}$ u. Plank E.G.B.G.B. S. 338 u. cit.

[3]) So vergl. die Ausführungen von Turnau-Förster I. S. 840.

Rest hingegen, soweit keine Forderungen entstanden sind, erlischt. Denn zur Eigentümerhypothek kann er nicht werden, da die Landesrechte hier keine Eigentümerhypothek kennen. Und zwar gilt dieses auch dann, wenn die Hypothek in ihrer vollen Höhe als Kautionshypothek eingetragen bleibt; denn diese Eintragung begründet hier bloss ein Scheinrecht, das nur dem Buch nach besteht, während in Wirklichkeit den Vorschriften des alten Rechts zufolge die Nachmänner schon in diese freigewordene Stelle eingerückt sind.

2) Ist hingegen vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts keine Forderung entstanden und steht auch fest, dass auch überhaupt keine mehr entstehen kann, auch im neuen Recht nicht, so ist kein bestehendes Pfandrecht im Sinn des art. 192 l. c. vorhanden. Die Hypothek ist vielmehr schon im alten Recht, auch wenn ihre Eintragung noch besteht, erloschen, und ihre Stelle von den nachgerückten Gläubigern besetzt (so auch die unter Note 1 angegebene Litteratur).

Anhang.

Besondere Arten der Höchsthypothek.

§ 21.

I. Die Arresthypothek.[1])

Der Arrest, das Mittel, dem Gläubiger die Zwangsvollstreckung in das bewegliche und unbewegliche Vermögen zu sichern, wird gemäss § 932 C.P.O. in ein Grundstück dadurch vollzogen, dass auf das Grundstück

[1]) Es ist hier keine erschöpfende Darstellung beabsichtigt; zu diesem Zweck wird auf die Abhandlungen bei Fuchs S. 627, 637 ff, Turnau-Förster I. S. 865 u. s. w. verwiesen.

des Schuldners eine Sicherungshypothek für die Forderung des Gläubigers eingetragen wird; gemäss § 932 Abs. I. S. 2 l. c. ist hier der Geldbetrag, durch dessen Hinterlegung nach § 923 l. c. die Arrestvollziehung gehemmt wird, als der Höchstbetrag, für den das Grundstück haftet, zu bezeichnen, womit also die Arresthypothek zur Höchsthypothek des § 1190 B.G.B. gestempelt wird. Es finden daher, soweit keine besondere Ausnahmen geboten sind, samt und sonders die Regeln, wie sie oben besprochen, hier Anwendung.

Während dem französischen Recht der Arrest auf dem Grundstück des Schuldners überhaupt unbekannt war, liessen sowohl das preussische wie das bayrische Recht als Arresthypothek nicht eine Kautionshypothek, sondern stets nur eine feste Hypothek eintragen[2]).

Bei der Kodifikation des neuen Rechtes sollte diese Materie zuerst im B.G.B. ihre Regelung finden: der E.I. liess in den §§ 1130–33 den Arrestbefehl als Titel für die Eintragung von Sicherungshypotheken zu. Nach lebhaften Debatten besonders in der 2. Lesung wurden diese Bestimmungen auch im Wesentlichen aufrecht erhalten, nur mit der Massgabe, dass sie der C.P.O. zugeteilt wurden (vergl. Prot. B.G.B. III. S. 700 ff, Mot. B.G.B. III. S. 624, 775 ff).

Das Gerippe dieser Vorschriften im B.G.B. ist ungefähr folgendes:

Eine Arresthypothek kann nur eingetragen werden, wenn die Voraussetzungen gegeben sind, so zunächst

---

[2]) Vergl. § 2, 6—12 des preuss. Ges. über die Zwangsvollstreckung vom Jahr 1883, sowie die art. 40–44 des bayr. Gesetzes der Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen v. J. 1886. Aus diesem Grunde verwandelt sich auch diese Hypothek dieser Rechte nach Reichsrecht in Ermanglung besonderer landesrechtlicher Vorschriften nur in eine gewöhnliche feste Hypothek, so Plank E.G.B.G.B. S. 384 f.

eine zu sichernde Geldforderung[3]), oder ein Anspruch, der in eine solche übergehen kann (§ 916 Abs. I. C.P.O.); für den dinglichen Arrest muss zu besorgen sein, dass die Vollstreckung des Urteils vereitelt oder wesentlich erschwert würde (§ 917 Abs. I. l. c.); weiter ist notwendig ein Antrag des Gläubigers auf Erlassung des Arrestes (§ 921 C.P.O.).

Angeordnet wird dann der Arrest entweder durch das Gericht der Hauptsache, d. h. das Gericht der ersten Instanz oder das Berufungsgericht oder das der Zwangsbereitschaft (§ 919 mit 943 l. c.); der Grundbuchrichter hat also hiermit nichts zu tun. Gegen den anordnenden Beschluss ist Widerspruch statthaft, wodurch aber die Vollziehung des Arrestes, d. h. für die Eintragung der Hypothek nicht gehemmt wird (§ 924 C.P.O.); über den Widerspruch wird dann durch Endurteil entschieden (§ 925, 926 l. c.).

Der Arrestbeschluss oder -befehl ist ein vollstreckbarer Titel, der der Vollstreckungsklausel nur in den Fällen des § 929 Abs. I. bedarf.

Die Vollziehung, d. h. die Entstehung des Arrestes und damit auch die Entstehung der Hypothek wird durch die Eintragung der Belastung ins Grundbuch bewirkt – die Hypothek entsteht hier also durch die blosse Eintragung, denn von einer Einigung der Parteien kann bei dem Charakter des Arrestes als

[3]) Auf eine Forderung in bestimmter Münze oder Geldsorte bezieht sich dieses nicht; der Geldbetrag ist nur in Reichswährung anzugeben. Lautet der Schuldtitel auf Zahlung einer Summe in ausländischer Währung, so wird wohl der Grundbuchrichter vor der Eintragung auf Grund des § 28 Abs. G.B.O. die ausländische Währung zu dem gegebenen Tageskurs in inländisches Geld umzurechnen haben; zur Ausgleichung etwaiger Kursschwankungen betreffs des Wertsunterschieds zwischen den beiden Währungen, dürfte, wie Oberneck S. 682, Fuchs S. 629 erwähnen, die Eintragung einer Höchsthypothek am Platze sein.

Zwangsmassregel keine Rede sein; — hierbei sind besonders die Vorschriften des § 929 C.P.O. zu beachten: so gilt nach § 932 Abs. III. der Antrag auf Eintragung als Vollziehung des Arrestbefehls, so dass nicht von der wirklichen Eintragung an, sondern von dem Einlauf des Antrags im Grundbuchamt die in § 929 Abs. III. S. 2 C.P.O. bestimmte Frist zu laufen beginnt. Die eingetragene Hypothek haftet hier auch über den § 1118 B.G.B. hinaus für die Kosten der Eintragung (§ 867 Abs. I., 932 Abs. II. C.P.O.).

Was die Entstehung der Eigentümerhypothek anlangt, so fügt die C.P.O. zu den Entstehungsmöglichkeiten des B.G.B., die selbstverständlich auch alle hier Geltung haben, noch einige Fälle hinzu:

Wird nämlich die Arresthypothek in den Fällen der §§ 868, 934, 945 C.P.O. u. s. w. aufgehoben, so fällt das Recht des Gläubigers aus der Sicherungshypothek weg, da ihm die Aktivlegitimation genommen ist; die Hypothek geht aber nicht unter, sondern verwandelt sich, wenn sie auch formell noch auf den Namen des Gläubigers lautet, in eine Eigentümerhypothek in der Hand des derzeitigen Eigentümers; die Grundbuchberichtigung erfolgt nach den gewöhnlichen Grundsätzen, sie bedarf daher auch der Zustimmung des Gläubigers[4]).

Ueberaus bestritten ist nun die Frage, ob die Summenbeschränkung des § 866 Abs. III. S. 2 C.P.O., wonach eine Zwangshypothek nur für eine den Betrag von dreihundert Mark übersteigende Forderung eingetragen werden darf, auch auf die Arresthypothek

[4]) Ueber die Frage, ob die Arresthypothek auch dann zur Eigentümerhypothek wird, wenn die Eintragung unter Verletzung der Vorschriften über die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung erfolgt ist, z. B. bei mangelnder Zustellung des Urteils u. s. w., vergl. besonders Oberneck S. 994.

Anwendung findet, nachdem § 932 Abs. II. zwar die §§ 867, 868, nicht aber auch den § 866 ausdrücklich erwähnt:

Die herrschende Meinung[5]) will den § 866 Abs. III. auch für die Arresthypothek gelten lassen und zwar mit folgender Begründung:

Einmal spreche für die Anwendung des § 866 Abs. III. auf § 932 die ganze Tendenz dieser Vorschrift, da die Reichstagskommission den im Regierungsentwurf nicht enthaltenen Abs. III. des derzeitigen § 866 dem Gesetz in der ausdrücklichen Absicht hinzugefügt habe, wegen unerheblicher Ansprüche eine unfreiwillige Belastung des Grundstücks durch hypothekarische Zwangseintragungen überhaupt auszuschliessen; enthalte aber Abs. III. eine auf alle hypothekarischen Zwangseintragungen durch Sicherungshypotheken anwendbare Vorschrift hinsichtlich dieses Forderungsminimalbetrags, so müsse er auch ohne besondere Erwähnung für § 932 gelten und könne insbesondere nicht durch den Hinweis auf § 923 entkräftet werden, da letzterer die Arresthypothek lediglich zur Höchsthypothek stemple; die nachträgliche Hinzufügung des Abs. III. habe daher auch keine Aenderung des § 932 Abs. II. nötig gemacht, da eine abweichende Willensmeinung hätte ausdrücklich ausgesprochen werden müssen, und der Schluss, dass dieses absichtlich unterlassen worden sei, doch absolut keine Rechtfertigung finden könne. Sodann handle es sich bei der Arresthypothek doch nicht um eine wirkliche Vollstreckungsmassregel, sondern nur um eine Sicherstellung, weshalb

[5]) So R.J.A. 1_{120}, K.G. vom 2.IV.00 in J.W. 00 S. 481, O.L.G. Dresden in Seuff. Archiv 57 Nr. 173, weiter Dernburg S. 679, Turnau-Förster I. S. 865, Kretzschmar S. 249, Oberneck S. 994, Petersen-Anger C.P.O. II. S. 651, Dronke in Ztschr. f. d. d. C.Pr. 28 S. 352, Meissner S. 281, Seuffert C.P.O. II. S. 637 u. cit.

dieselbe der Zwangshypothek gegenüber doch auch nicht besser gestellt sein dürfe, da man sonst mit der blossen Sicherung mehr erreichen könne als mit der Vollstreckung selbst.

Dagegen lässt sich, wie die entgegengesetzte Anschauung[6]) zum Teil tut, mit Recht einwenden:

Wenn auch auf das „formale Argument", dass § 866 Abs. III. nicht in § 932 Abs. II. erwähnt ist, kein Gewicht zu legen ist, weil dies eine „der vielen Flüchtigkeiten sein dürfte, die bei der Beratung der Novelle unterlaufen sind"[7]), so muss doch gesagt werden, dass durch die Bestimmung eines Höchstbetrags der Charakter der Arresthypothek gegenüber der Zwangshypothek verändert ist; denn würde man z. B. bei der Anwendung des § 866 Abs. III. die Summe von 300 Mk. als Höchstbetrag eintragen, während aber tatsächlich weniger Forderungen entstünden, so wäre doch der genannte „Zweck" des § 866 Abs. III. vereitelt. Der Gläubiger hätte es hier durch Glaubhaftmachung einer Forderung bis zu 300 Mk. stets in der Hand, auch geringere Beträge zu sichern, und so diese Bestimmung zu umgehen. Allein wenn man auch diesem Umstand nicht so viel Bedeutung beimessen will, so muss man es doch um so mehr dem tun, dass gerade der Gläubiger mit der geringeren Forderung durch Nichtanwendung der Summenbeschränkung Schutz finden soll. Denn wenn auch die Zwangshypothek für Beträge unter 300 Mark unstatthaft ist, so steht dem Gläubiger für diesen Betrag doch immer noch die Zwangsverwaltung offen; diese ist aber hier vollständig ausgeschlossen, da die Voll-

[6]) So Gaupp-Stein C.P.O. II. S. 776, Struckmann-Koch C.P.O. II. S. 352, Endemann S. 842, Cosack II. S. 217, Freudenthal C.P.O. S. 750, Meyer in Bl. f. R.A. 66 S. 337 u. cit.

[7]) So Gaupp-Stein a. a. O.

ziehung des Immobiliararrestes durch Zwangsverwaltung nicht betätigt werden kann[8]).

Die Anwendung der Summenbeschränkung würde hier also „eine völlige Entrechtung der kleinen Forderungen, insbesondere der Nachlassforderungen im Falle des § 782 C.P.O., anderen Gläubigern gegenüber bedeuten, die dann einen Vorsprung und zwar gerade im kritischen Moment der Gefährlichkeit ihrer Einbringlichkeit erlangen würden“[9]).

Dass weiter durch die Sicherung des Arrestes mehr erlangt werden könne, als durch die Vollstreckung selbst, findet seine vollständige Ausgleichung dadurch, dass beim Arrest eine Gefährdung des Anspruchs vorliegen muss, die es notwendig macht, schnell und ohne Rücksicht auf die Höhe der Forderungen zu handeln.

Diesen Gedanken scheint auch, wie *Meyer* in Bl. f. R.A. a. a. O. anführt, das bayrische Ausführungsgesetz zur G.B.O. und dem Z.V.G. in seiner Begründung gefolgt zu sein, wenn es für die Arresthypothek die Summenbeschränkung des § 866 Abs. III. C.P.O. abgelehnt hat.

Mit dieser letzteren Annahme entfällt auch die Prüfung der Frage, ob sich der Betrag von 300 Mark nur aus der Hauptforderung zusammensetzen darf, oder ob auch die Einrechnung von Zinsen u. s. w. statthaft ist; in den Höchstbetrag des § 932 C.P.O. fallen von selbst die Zinsen, nicht aber die Kosten.

---

[8]) So Struckmann-Koch C.P.O. II. S. 352 u. cit., Gaupp-Stein II. S. 776, Freudenthal C.P.O. S. 750 u. s. w.

[9]) So Gaupp-Stein a. a. O.

§ 22.

II. Die Höchsthypothek für Zinsen und Kosten (Zinsen- und Kostenkautionen).

1) Geltendes Recht.

Nach § 1118 B.G.B. erstreckt sich die Haftung des Grundstücks eo ipso auch auf die gesetzlichen Zinsen der Forderung und die Kosten der Kündigung und dinglichen Rechtsverfolgung. Für andere Kosten, so der Hypothekenbestellung, der Eintragung, der persönlichen Klage u. s. w., für die vertragsmässigen Zinsen und alle anderen Nebenleistungen haftet das Grundstück nur, wenn diese Haftung besonders vereinbart und eingetragen ist. Allein trotz einer derartigen Eintragung haftet das Grundstück besonders für die Zinsen doch nicht ganz unbeschränkt: Denn einmal sind die Ansprüche auf rückständige Hypothekenzinsen einer Verjährung von vier Jahren unterworfen (§ 197, 223 Abs. III. B.G.B.)[10]), und sodann kommen nach der vierten Klasse des § 10 Z.V.G. die wiederkehrenden Leistungen mit Einschluss der Amortisationsquoten, nur mit den laufenden und den aus den letzten 2 Jahren rückständigen Beträgen zum Zug, sodass die länger rückständigen (in Nr. 8) nicht nur hinter allen im Rang nachgehenden Hypotheken und ihre jüngeren Zinsrückstände, sondern sogar hinter dem Anspruch des hypothekenlosen Beschlagnahmegläubigers zurücktreten, wo dann in den meisten Fällen nichts mehr zu holen ist. Um letzterem zu entgehen, bestellt der Schuldner dem Gläubiger für die eventuell in der Zukunft entstehenden nicht bevorzugten Zinsen eine Höchst-

[10]) Zwar hätte dies, wie Schmitt in Ztschr. f. Rpfl. in Bay. 05 S. 270 ausführt, weniger zu sagen, da die Verjährung unterbrochen und ihre weitere Dauer durch rechtskräftige Feststellung des Anspruchs auf 30 Jahre erstreckt werden kann (§ 218 B.G.B.).

hypothek, die bis zum Höchstbetrage alle derartigen rückständigen Ansprüche, wenn sie entstehen sollten, sichert, und die in der 4. Klasse wie jede andere Hypothek zum Zuge kommt[11]).

Dieses ist die am häufigsten vorkommende Art dieser Zinsen- und Kostenkautionen, da sie genannten Nachteil der gläubigerischen Ansprüche zu vermeiden, am geeignetsten sind.

Daneben werden auch durch derartige Hypotheken alle Kosten, die ausserhalb des Rahmens des § 1118 B.G.B. liegen, sowie Nebenleistungen aller möglichen Art, wie Vertragsstrafen, Schadensersatzansprüche, Strafzinsen u. s. w. oft gesichert. Denn da diese Ansprüche ihrer Entstehung und vielfach auch ihrem Betrage nach meist völlig ungewiss und unbestimmt sind, erscheinen sie ebenso geeignet, durch eine Höchsthypothek gesichert zu werden, wie z. B. Forderungen aus einem Kredit- oder Pachtverhältnis. Und zwar ist es, wie das bayr.

[11]) Wenn Schmitt a. a. O. und Koch in Ztschr. f. Rpfl. i. B. 05 S. 424 ff diese Hypotheken überhaupt als bei den jetzigen Rechtsverhältnissen weniger empfehlenswert bezeichnen, so kann wohl dagegen insofern nichts eingewendet werden, als rückständige Zinsen bis zu zwei Jahren eo ipso das Schicksal der Hauptforderung teilen, die Banken aber hauptsächlich ihre Zinsen überhaupt nicht solange rückständig werden lassen. Allein das Misstrauen, das nicht nur genannte Autoren, sondern das man auch allgemein allen diesen Kautionen im neuen Recht besonders nach der genannten Entscheidung des obersten L.G. entgegen bringt bezüglich ihrer Fähigkeit, Eigentümerhypothek zu werden u. s. w., dürfte wohl, nachdem das Rechtsverhältnis selbst, wie beschrieben, vollständig klar als einzig richtig zu Tage liegt, mehr auf die Neuheit und Ungewohntheit zurückzuführen sein, nachdem den Kautionen des älteren, besonders des bayrischen und sächsischen Rechts letztgenannte Wirkung nicht zugekommen war. Denn in der Rheinpfalz ist bislang, seitdem das Grundbuch eingeführt ist, doch ein verhältnismässig grosser Gebrauch davon gemacht worden, trotz dieser Wirkungen.

Die Ansicht von Kretzschmar S. 236, der sich für die Eintragung eines Geldbetrags nach § 1115 B.G.B. derart erwärmt, dass er es sogar

oberste L.G. vom 23.VI.05 a. a. O. mit vollem Recht ausspricht, gleichgültig, ob für den Hauptanspruch eine Hypothek besteht oder nicht; auch die Nebenleistungen einer bloss obligatorischen Forderung können derart dinglich gesichert werden[12]). Denn diese Hypothek für derartige Forderungen ist ihrem Bestand und ihrem Wesen nach vollständig unabhängig von dem bestehenden Hauptanspruch, sie steht völlig gleichberechtigt neben ihm. „Nur insoweit ist sie von dem Bestehen des Hauptanspruchs abhängig, als die Entstehung der Ansprüche auf Nebenleistungen, für die sie bestellt ist, den Hauptanspruch voraussetzt", da selbstverständlich keine Zinsen entstehen können ohne eine Hauptforderung; „das zwischen den Ansprüchen bestehende Abhängigkeitsverhältnis besteht zwischen den beiden Hypotheken absolut nicht", bezw. nicht zwischen der Höchsthypothek und dem nicht durch eine Hypothek gesicherten Hauptanspruch[13]). Fällt der Hauptanspruch, so ist, sofern nicht schon Zinsen u. s. w. entstanden bezw. genügend rückständig sind (über 2 Jahre, § 10 Abs. I. Nr. 4 Z.V.G.) und demnach unter die Höchsthypothek fallen, auch kein Raum mehr für die Entstehung von Zins- und Nebenansprüchen, und die Hypothek ist dann

dem Grundbuchrichter zur Pflicht machen will, den Parteien von der Bestellung einer besonderen Kostenkaution abzuraten, dürfte kaum zu denselben Resultaten führen. Ist z. B. ein solcher Geldbetrag für eine Vertragsstrafe eingetragen, so dürfte dieser Anspruch wohl den Gefahren des § 10 Abs. I. Nr. 4 Z.V.G. entgehen; wie aber will Kretzschmar die übrigen rückständigen (über 2 Jahre hinaus) Zinsen, die Strafzinsen u. s. w., bei denen sowohl Entstehen wie Betrag ungewiss ist, in diesem Fall schützen?

[12]) Das oberste L.G. erwähnt hier als Beispiel eine Fideikommissschuld, für deren rückständig bleibende Zinsen der Fideikommissbesitzer an einem zu seinem Allodialvermögen gehörigen Grundstück eine derartige Hypothek bestellt.

[13]) So das oberste L.G. a. a. O.

nur insoweit und in dem Sinn gegenstandslos geworden, als keine zu sichernde Forderungen entstanden sind, somit der Sicherungszweck nicht mehr vorhanden und das Schutzmittel der Hypothek in der Hand des Gläubigers ohne Bedeutung ist. Solange aber der Hauptanspruch besteht, ist auch die Möglichkeit der Entstehung von derartigen Nebenansprüchen gegeben.

Infolge dieses durchaus selbstständigen Charakters muss die Hypothek auch sämtlichen Regeln des § 1190 B.G.B. unterstehen. Die Hypothek entsteht daher mit dem Moment der Eintragung voll und ganz und besteht, ohne Rücksicht, ob und wann die Möglichkeit der Entstehung der zu sichernden Ansprüche gegeben ist[14]). Ebenso können die entstandenen Forderungen mit und

[14]) Wenn Schmitt a. a. O. demgegenüber behauptet, dass diese Hypothek für derartige rückständige Zinsen, wenn noch keine rückständigen Zinsansprüche entstanden sind, überhaupt „keine Hypothek, sondern nur eine Rechtsposition", wenn zwar Zinsen enstanden, aber noch nicht in dem nötigen Masse rückständig geworden sind, nur eine „bedingte Hypothek" sei, so beruht dies auf einer völligen Verkennung des Wesens der Höchsthypothek überhaupt. Judikatur und Litteratur sind sich, wenn auch im Streit, ob die Höchsthypothek von vornherein Eigentümer- oder Gläubigerhypothek ist, doch vollständig darüber einig, dass die Höchsthypothek von vornherein als „unbedingte" Belastung besteht (vergl. § 5 oben), auch wenn die Entstehungsmöglichkeit von Forderungen in noch so weiter Ferne liegt, oder vielleicht gar nicht voraussehbar ist.

Warum soll hier nun der Umstand, dass die Hypothek für derlei Ansprüche bestellt ist, solche das ganze Wesen der Höchsthypothek verändernde Folgen haben?! In dem Fall der Bestellung für derartige rückständige Ansprüche kommt für die Hypothek ganz einfach nur dann eine Forderung als entstanden in Betracht, wenn der Zins in dem notwendigen Masse (über 2 Jahre) rückständig geworden ist, wenn er also das 3. Jahr mit seiner Rückständigkeit beginnt. Vor diesem Zeitpunkt existiert die Forderung für die Hypothek überhaupt nicht; mit ihrer thatsächlichen Entstehung ist nur die Möglichkeit, dass die Forderung unter die Hypothek fällt, näher gerückt, da auch die des geforderten Rückständigwerdens näher gekommen ist.

ohne Hypothek übertragen werden, wie auch der Hauptanspruch mit der Hypothek für die Nebenleistungen.

Was die Verwandlungsmöglichkeit in eine Eigentümerhypothek anlangt, so scheint hier diese durch § 1178 B.G.B. ausgeschlossen zu werden[15]). Allein dies ist absolut nicht die Ansicht des Gesetzgebers und kann sie auch nicht sein; denn wie aus den Mot. III. S. 735, 736 mit klarster Deutlichkeit hervorgeht, soll von dem Ausschluss der Eigentümerhypothek nur die „Hypothek, soweit sie sich auf die Forderung wegen rückständiger Zinsen u. s. w. erstreckt", also nur dieser Teil der ganzen Hypothek für die Hauptforderung getroffen werden; ist hingegen eine besondere Hypothek eingetragen, wie hier, so hat dieser Ausschluss keine Geltung, und es bleibt vielmehr bei der alten Regel, wonach dann auch sämtliche Entstehungsgründe einer Eigentümerhypothek, wie sie das B.G.B. kennt und oben behandelt sind, auch hier Platz zu greifen haben[16]), und zwar ohne dass auf sie § 1176 jemals Anwendung finden könnte. Als Entstehung der Eigentümerhypothek kommt hier nur

---

[15]) Diese Ansicht wird auch vertreten von: Oberneck S. 714, Kretzschmar S. 237 und 417, L.G. München I. vom 23.V.05 (Ztschr. f. Rpfl. i. B. 05 S. 287), Meyer im „Recht" 05 S. 309 u.s.w.

[16]) Schmitt a. a. O. will die Fälle des § 1163 Abs. I. S. 1 u. 2 nicht angewendet wissen, weil dies dem vom Gesetz anerkannten Willen der Beteiligten widersprechen würde; allein inwiefern sollte dann eigentlich dem Parteiwillen widersprochen werden?

Nach dem oben im § 10 und 11 gesagten kann eine Eigentümerhypothek einerseits nur dann entstehen, wenn jede Entstehungsmöglichkeit einer weiteren Forderung ausgeschlossen ist, während andererseits jeder beliebigen Zahlung des Schuldners — ausgenommen die in § 11 unter 2. gesagten Fälle — die Bewirkung der Entstehung einer Eigentümerhypothek versagt ist, womit der Parteiwille, die Hypothek völlig auszunützen, doch stets gewahrt bleibt (die Ausnahme ist durch ihre Natur gerechtfertigt). — Oder soll der Parteiwille darin gefunden werden, dass eine derartige Hypothek, weil sie eben für Nebenleistungen

der Fall hinzu, dass die Hauptforderung aus irgend einem Grund wegfällt, oder Schuld und Forderung sich in einer Person vereinigen; denn dadurch erwirbt der Eigentümer mit der Hauptforderung, bezw. -Hypothek auch die der Nebenansprüche.

Ebenso ist die Verfügung über diese zukünftige Eigentümerhypothek möglich wie bei jeder anderen Hypothek[17]); desgleichen gelten für die Behandlung in der Zwangsversteigerung dieselben Vorschriften wie in § 17 in entsprechender Anwendung[18]).

2) Bezüglich des Uebergangsrechtes solcher landesrechtlichen Kostenkautionen

mögen als die hauptsächlichsten Formen nur die bayrischen und sächsischen kurz berührt werden.

Wie das bayrische Oberste Landesgericht in dem

---

bestellt ist, in diesen Fällen nicht diese Folgen haben sollte? Mit nichten! Hat hier der Eigentümer dem Gläubiger einmal seinen Grundstückswert zur Verfügung gestellt, so muss er ihm auch wieder zufallen, wenn der Zweck durch Nichtentstehung von derartigen Forderungen oder ihr Erlöschen nicht erreicht wurde, ganz wie dies bei anderen Hypotheken auch der Fall ist.

[17]) Auch die Gründe, die Schmitt hiergegen vorbringt, entbehren nach dem oben gekennzeichneten Wesen der Höchsthypothek ebenfalls jeder Grundlage.

[18]) So auch Koch in Ztschr. f. Rpfl. i. B. 05 S. 424; den von dem Verfasser dieses Artikels bekundeten Bedenken bezüglich des praktischen Nutzens dieser Hypotheken angesichts der Benachteiligungen, die die nachfolgenden und eventuell auch die im gleichen Rang rangierenden Gläubiger durch die Verwandlung in eine Eigentümerhypothek besonders angesichts des früheren Rechts erleiden, soll und kann nicht direkt entgegen getreten werden. Allein dadurch, dass das B.G.B. derartige Hypotheken nicht ausschliesst und ihr Recht gegenüber den andern Höchsthypotheken durchaus nicht verkümmert, müssen eben die Gläubiger damit rechnen, und, um sich vor etwaigen Nachteilen zu schützen, zu den Mitteln greifen, die ihnen die Rechtsordnung hier an die Hand gibt, nämlich zur Pfändung der zukünftigen Eigentümerhypothek.

vielfach erwähnten Beschluss vom 23.VI.05 ausführt[19]), ist auch nach dem alten bayrischen Recht (vergl. § 43 Satz 2 des bayr. Hypothekenges.) die Hypothek für derartige Leistungen eine „eigene", d. h. besondere hypothekarische Belastung, die ihre volle Selbstständigkeit gegenüber der Hauptbelastung hat. Wenn aber – abgesehen davon, dass art. 192 Abs. I. S. 2 E.G.B.G.B. einen Unterschied zwischen selbstständigen und unselbstständigen Hypotheken nicht kennt – dieses der Fall ist, so müssen sie auch nach besagtem art. in eine Höchsthypothek des B.G.B. sich umwandeln und demnach auch wie diese eigentümerhypothekenfähig sein.

Dasselbe soll auch, wie *Steiner* a. a. O. ausführt, für die von denselben Grundsätzen beherrschte sächsisch-

[19]) So auch Steiner, Z.V.G. u. cit., Koch a. a. O., sowie wenn auch ohne Angabe von Gründen das R.G. vom 18.X.05 (s. Ztschr. f. Rpfl. i. B. 05 S. 490); hiergegen erhob sich mit dem L.G. München I vom 23.V.05 a. a. O. und Meyer im „Recht" 05 S. 309 ein wahrer Sturm von Entrüstung. Dadurch nämlich, dass, wie schon erwähnt, die Kostenkautionen des bisherigen bayr. Rechts der Fähigkeit, Eigentümerhypothek zu werden, ermangelten, waren sie als eigentliche Hypotheken gar nicht in Betracht gekommen, sondern fielen im Falle der Nichtausfüllung dem nachstehenden Gläubiger zu; durch das Zutagetreten einer Eigentümerhypothek aber trat hierin nun begreiflicherweise ein gewaltiger Umschwung zum Nachteil der Gläubiger und zu Gunsten der Grundstückseigentümer ein.

Leider konnte die die Entstehungsmöglichkeit einer Eigentümerhypothek bekämpfende Litteratur (so vergl. Kress in Ztschr. f. Rpfl. i. B. 05 S. 497 ff, Friedländer ebenda 05 S. 464 ff, 508, ferner auch die Besprechungen in der „Augsburger Abendzeitung" v. J. 1905 Nr. 334, 339, 348) keine Berücksichtigung mehr finden. Auf die mannigfachen Vorschläge hin, auf dem Wege der Landesgesetzgebung hier Abhilfe zu schaffen, sei nur auf die durchaus zutreffenden Anmerkungen von der Pfordten's im Anschluss an die genannten Artikel von Friedländer a. a. O. verwiesen.

Auf keinen Fall aber dürfte § 1176 B.G.B. bezüglich der Kostenkautionen Anwendung finden, wie O.L.G. München vom 20.V.05 (Ztschr. f. Rpfl. i. B. 05 S. 514) ausführt; denn entweder liegt die Fähigkeit zur Eigentümerhypothek vor, dann ist die Hypothek völlig selbstständig (vergl. unter 1), oder sie liegt nicht vor.

rechtliche Kostenkautionshypotheken gelten, wenn auch das O.L.G. Dresden vom 21.I.02 (R.O.L.G. 4,160) ihnen die Lebensberechtigung und Fähigkeit, zur Eigentümerhypothek zu werden, gänzlich abspricht und sie unter die Hypothek des § 1178 B.G.B. rechnet[20]).

---

[20]) Der Meinung des O.L.G. Dresden schliessen sich an: Reinhard im Cbl. f. fr. G. II. S. 467 ff, Oberneck S. 417, und besonders Kretzschmar S. 237 ff.